بسم الله الرحمن الرحيم

هذا الكتاب كفاية ... هداية از كتاب النكاح ...
تاريخ ... جمادي الاول ...
بابت كتب ... حميد الدين ...
شده داخل كتابخانه

كتاب النكاح

قال النكاح ينعقد بالايجاب والقبول بلفظين يعبر بهما عن الماضي لان الصيغة وان كانت للاخبار وضعا فقد جعلت للانشاء شرعا دفعا للحاجة

كتاب النكاح

النكاح في اللغة الضم ثم يستعمل في الوطي لوجود الضم فيه ثم في العقد لانه سببه وهو لا يوجد الا بركنه من اهله مضافا الى محله كسائر العقود الشرعية فالركن هو الايجاب من هو اهل سائر العقود ومحله ما هو قابل لحكمه وحكمه الملك والحل والتناسل من المقاصد وهو افضل من التخلي لنفل العبادة وقال الشافعي رحمه الله التخلي افضل الا ان تتوق نفسه الى النساء ولا يصبر على التخلي لان النكاح من المعاملات حتى يصح من الكافر والعبادة اقوى من المعاملة لان العبادات شرعت لله تعالى والمعاملات شرعت لنا ولنا قوله عليه السلام من كان على دين ... داؤد فليتزوج وان لم يجد اليه سبيلا فليجاهد في سبيل الله جعل النكاح من الدين وقدمه على الجهاد وقد انهى رسول الله عليه السلام في التزوج الى العدد

(كتاب النكاح)

وينعقد بلفظين يعبر باحدهما عن الماضي وبالآخر عن المستقبل

مشروع له وقد اشتغل بهن عن التخلي للعبادة فثبت انه افضل من التخلي لانه عليه السلام كان يجتهد لسلوك افضل طريق الدين وقد هم قوم بالتخلي لعبادة الرحمن وطلاق النسوان فرد عليهم النبي عليه السلام بقوله تناكحوا توالدوا تكثروا فاني اباهي بكم الامم يوم القيمة فهذا الامر لا يخلو اما ان كان للوجوب كما هو حقيقته اولم يكن فان كان للوجوب ظهر رجحانه على النوافل لان الواجب راجح على النفل اجماعا وان لم يكن للوجوب يكون للسنة اذ الندب والاباحة انتفى بقوله عليه السلام النكاح من سنتي فمن رغب عن سنتي فليس مني والسنة راجحة على النفل اجماعا وان قيل النكاح سنة عندي اذا تاقت نفسه اليهن قلنا انه عليه السلام جعل سنة مطلقة لا مقيدة كما زعمت وان قيل الله تعالى مدح يحيى عم بكونه سيدا وحصورا وهو لا يأتي النساء مع القدرة فلو كان النكاح افضل لما استحق المدح به قلنا في النص اشارة الى ان التخلي للعبادة والصبر عن النساء ممدوح ونحن لا نذمه لكنا نقول النكاح باقامة شروطه افضل منه ويحتمل ان العزلة كانت افضل من العشرة في تلك الشريعة ثم نسخ في شريعتنا وصارت العشرة خيرا من العزلة ولانه يشتمل على المصالح الدينية والدنيوية كحفظ النساء والقيام عليهن والانفاق وصيانة نفسه عن الزنا وتكثير عباد الله وامة الرسول عم وتحقيق مباهاته وهو فرض عين عند اصحاب الظواهر وفرض كفاية عند بعض اصحابنا كما لحها داود الظاهر الاوامر الواردة فيه

قوله وينعقد بلفظين يعبر بهما عن الماضي لان النكاح انشاء تصرف والانشاء اثبات امر لم يكن وهو يعرف بالشرع لانه لم يوضع له لفظ خاص فيستعمل اللفظ الموضوع للاخبار عن الماضي في الانشاء وعا الحاجة وانما خص به لانه يستدعي سبق المخبرية ليكون الكلام صحيحا حكمة وعقلا فصار الوجود حقا له مقتضى الحكمة فاذا قصد الانشاء اختير اللفظ الذي يلازمه الوجوده

مثل ان يقول زوجني فيقول زوجتك لان هذا توكيل بالنكاح ... حد يتولى طرفي النكاح على ما نبينه ان شاء الله تعالى وينعقد بلفظة النكاح والتزويج ... التمليك والصدقة وقال الشافعي رحمه الله لا ينعقد الا بلفظ النكاح والتزويج لان ... ليس حقيقة فيه ولا مجازا عنه لان التزويج للتلفيق والنكاح للضم ولا ضم ولا ازدواج بين المالك والمملوك اصلا ولنا ان التمليك سبب لملك المتعة في محلها بواسطة ملك الرقبة وهو الثابت بالنكاح والسببية طريق المجاز

قوله مثل ان يقول زوجني اي يقول الخاطب لولي المرأة زوجني ابنتك او للمرأة زوجني نفسك فيقول زوجتك وهذا ليس بنظر الى ... ضي والمستقبل حقيقة لان قوله زوجني توكيل فلا يكون شطر العقد ويكون قول الوكيل زوجت بمنزلة شطري العقد لكن كون قوله زوجت بمنزلة شطري العقد لا يتحقق الا بقوله زوجني فلذلك مثل به ونظيره قول الرجل اتزوجك بكذا فقالت تزوجت اوفعلت

قوله لان التمليك ليس حقيقة فيه اي في النكاح لانها لو كانت حقيقة فيه لكانت موضوعة له ويفهم بها ما فهم به كالاسماء المترادفة وليس كذلك والمجاز لا يكون الا بمشاكلة في المعاني المختصة ولم يوجد اذ التزويج هو التلفيق والنكاح الضم وليس فيهما ما يدل على الملك وليس في التمليك معنى التلفيق والضم ولهذا لو اشترى منكوحته يفسد النكاح ولو كان بينهما ملازمة لما فسد بذلك بل تأكد

قوله سبب لملك المتعة في محلها احترز به عن تمليك الغلمان والبهائم وغيرها فان تمليكها ليس بسبب لملك المتعة التي هي الوطئ ولنا ان الاتصال سببا مصحح الاستعارة كالاتصال معنى وقد تحقق الاتصال من حيث السببية اذ اللفظ الموضوع لملك الرقبة يوجب ملك الرقبة وملك الرقبة سبب لملك المتعة في محلها والنكاح يوجب

(كتاب النكاح)

وينعقد بلفظة البيع هو الصحيح لوجود طريق المجاز ولا ينعقد بلفظة الاجارة في الصحيح لانه ليس بسبب لملك المتعة

ملك المتعة فصحت الاستعارة لوجود الاتصال سببا ولان التمليك صالح لاثبات الملك وقد صدر من اهله مضافا الى محله قابل الملك فوجب ان يثبت لثبوت الملك واذا ثبت الملك ثبت الحل والازدواج ضرورة انه لا ينفك عنه وهذا لان المستوفي بالوطئ مملوك بدلالة جواز الاعتياض وبدلالة انه اختص به انتفاعا وحجرا ولن يثبت الاختصاص والحجر الا بالملك فدل ان المحل قابل للملك شرعا فان قيل انه ليس بمال اتفاقا وغير المال لا يقبل الملك ولان المنافع معدومة والمعدوم لا يقبل الملك على أن الملك لو ثبت في النكاح لثبت تبعا للازدواج والانضمام وهنا لو ثبت الملك لثبت اصلا وهذا خلاف المشروع قلنا غير المال قابل للملك كالملك للقصاص حتى جرى فيه الارث والاعتياض والمستوفي بالوطئ في حكم العين حتى كان التابيد من شرطه كالبيع لا كالاجارة ولو كان الازدواج والانضمام اصلا والملك تبعا لما صح ايجاب العوض على الزوج لان ذلك مشترك بينهما والدليل على ان الملك اصل ان الطلاق بيد الزوج لانه كالمالك وانما انعقد بلفظ النكاح والتزويج لانهما جعلا علما عليه والعلم يعمل وضعا لا بمعناه كالنص في دلالة الشرع فلما ثبت الملك بهما وضعا مع انهما لا ينبئان عنه فلان يثبت بما ينبئ عنه اولى ٭

قوله وينعقد بلفظة البيع بان قالت المرأة بعتك نفسي او قال اب الابنة بعتك ابنتي بكذا وكذلك بلفظ الشراء بان قال الرجل لامرأة اشتريتك بكذا فاجابت بنعم

قوله هو الصحيح احتراز عن قول ابي بكر الاعمش فانه يقول لا ينعقد بلفظ البيع لانه خاص لتمليك مال بمال والمملوك بالنكاح ليس بمال

ولا بلفظة الاباحة والاحلال والاعارة لما قلنا ولا بلفظة الوصية لانها توجب الملك مضافا الى ما بعد الموت *

قال ولا ينعقد نكاح المسلمين الا بحضور شاهدين حرين عاقلين بالغين مسلمين رجلين او رجل وامرأتين عدولا كانوا او غير عدول او محدودين في القذف قال رضي الله تعالى عنه اعلم ان الشهادة شرط في باب النكاح

ليس بمال لان المال غير الآدمي خلق لمصلحة الآدمي واما ان البيع يوجب ملكا هو سبب لملك المتعة في محله كان طريق المجاز موجودا ... ولا ينعقد بلفظ الاجارة لانه ليس بسبب لملك المتعة اذ هو موجب لملك المتعة و بملك المنفعة لا يستفاد ملك المتعة وعن الكرخي انه ينعقد به النكاح لان المستوفى بالنكاح منفعة حقيقة وقد سمى الله تعالى العوض في النكاح اجرا بقوله فآتوهن اجورهن وهو يشعر بانه مثل الاجارة وانا ان المملوك بالنكاح في حكم العين حتى لا ينعقد الا مؤبدا والاجارة لا تنعقد الا موقتة و بينهما مغايرة على سبيل المنافاة فاني تصح الاستعارة *

قوله ولا بلفظة الاباحة والاحلال والاعارة لان هذه الالفاظ لا توجب ملك العين اما الاعارة فلانها لتمليك المنافع او لاباحتها واما الآخران فلانهما لا يوجبان ملكا فان من احل او اباح لغيره طعاما فانه يتلفه على ملك المبيح ولا بلفظة الوصية لانها توجب الملك مضافا الى ما بعد الموت ولو صرح بلفظ النكاح مضافا الى ما بعد الموت لا يصح كذا هذا فان قيل الهبة ايضا لا توجب الملك ما لم ينضم اليها القبض قلنا الهبة لا توجب اضافة الملك ولكن لضعف في السبب لتعريه عن العوض يتاخر الملك الى ان يتقوى بالقبض وينعدم ذلك الضعف اذا استعمل في النكاح لان العوض يجب به نفسه مع ان المملوك بالنكاح بنفس العقد لا يصير كالمقبوض ولهذا لو ماتت عقيب العقد تقرر البدل فكان هذا بمنزلة عين في يد الموهوب له فيوجب الملك بنفسه كذا في المبسوط *

(كتاب النكاح)

لقوله صلى الله عليه وسلم لا نكاح الا بشهود وهو حجة على مالك رحمه الله في اشتراط الاعلان دون الشهادة ولابد من اعتبار الحرية فيها لان العبد لاشهادة له لعدم الولاية ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ لانه لا ولاية بدونهما ولا بد من اعتبار الاسلام في انكحة المسلمين لانه لا شهادة للكافر على المسلم ولا يشترط وصف الذكورة حتى ينعقد بحضور رجل وامرأتين وفيه خلاف الشافعي رحمه الله تعالى وسيعرف في الشهادات ان شاء الله تعالى ولا تشترط العدالة حتى ينعقد بحضرة الفاسقين عندنا خلافا للشافعي رحمه الله تعالى عليه له ان الشهادة من باب الكرامة والفاسق من اهل الاهانة ولنا انه من اهل الولاية فيكون من اهل الشهادة وهذا لانه لما لم يحرم الولاية على نفسه لاسلامه لا يحرم على غيره لانه من جنسه ولانه صلح مقلدا فيصلح مقلدا وكذا شاهدا والمحدود في القذف من اهل الولاية فيكون من اهل الشهادة تحملا

قوله لقوله عليه السلام لا نكاح الا بالشهود فان قيل كيف جاز تخصيص عموم قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم وغيره من الاي بخبر الواحد قلنا ذكر فخر الاسلام في المبسوط هذا حديث مشهور تلقته الامة بالقبول فتجوز الزيادة بمثله على كتاب الله تعالى ولان ذلك عام خص منه مواضع المحرمات فيجوز تخصيصه حينئذ بخبر الواحد وهو حجة على مالك وكذلك على ابن ابي ليلى وعثمان البتي فانهم يقولون الشهود ليسوا بشرط في النكاح انما الشرط الاعلان حتى لو اعلنوا بحضور الصبيان والمجانين يصح النكاح ولو امر الشاهدين بان لا يظهرا العقد لا يصح لانه عقد فلا تشترط لصحته الشهود كسائر العقود وانما شرط الاعلان لقوله عليه السلام اعلنوا النكاح ولو بالدف **قوله** لان العبد لاشهادة له لعدم الولاية اي لعدم ولايته على نفسه **قوله** ولا تشترط العدالة خلافا للشافعي رحمه الله هو يتمسك بقوله عليه السلام لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل **قوله** ولانه صلح مقلدا اي انه مع فسقه اهل للامامة والسلطنة فان الائمة

وانما الفائت ثمرة الاداء بالنهي لجريمته ولا يبالي بفواته كما في شهادة العميان وابني العاقدين

قال وان تزوج مسلم ذمية بشهادة ذميين جاز عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد وزفر لا يجوز لان السماع في النكاح شهادة ولا شهادة للكافر على المسلم فكانهما لم يسمعا كلام المسلم ولهما ان الشهادة شرطت في النكاح على اعتبار اثبات الملك لوروده على محل ذي خطر لا على اعتبار وجوب المهر اذ لا شهادة تشترط في لزوم المال وهما شاهدان عليها بخلاف ما اذا لم يسمعا كلام الزوج لان العقد ينعقد بكلاميهما والشهادة شرطت على العقد

بعد الخلفاء الاربعة لم يخلو من الفسق فالقول بالخروج عن الامامة بالفسق يؤدي الى فساد عظيم ومن ضرورة كونه اهلا للامامة كونه اهلا للقضاء لان تقلد القضاء انما يكون من الامام ومن ضرورة كونه اهلا للقضاء كونه اهلا للشهادة لان القاضي لابد ان يكون اهلا للشهادة وقيد بالعدالة في هذا الحديث واطلق فيما روينا اولا فيعمل بالمطلق والمقيد ولا نحمله على المقيد لما عرف ولانه نكر العدالة في موضع الاثبات فيقتضي عدالة ما وذا من حيث الاعتقاد وهذا لان العدالة ضد الظلم والشرك ظلم عظيم لقوله تعالى ان الشرك لظلم عظيم فكان الايمان عدلا فاستقامت الاضافة اليه او نقول المراد بشاهدي عدل قائلي كلمة عدل وهي كلمة التوحيد وقيل هذه المسئلة بناء على ان الفسق لا ينقص من ايمانه عندنا لانه لايزيد ولا ينقص والاعمال من شرائع الايمان لا من نفسه وعنده الشرائع من نفس الايمان ويزداد الايمان بالطاعة وينقص بالمعصية فجعل نقصان الدين بالفسق كنقصان الحال بالرق والصغر **قوله** وانما الفائت ثمرة الاداء بالنهي وهو قوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا والنهي عن قبول الشيء يقتضي تحقق ذلك الشيء **قوله** ولا يبالي بفواته اي بفوات الاداء كما في شهادة العميان اي ينعقد النكاح بشهادة العميان وان لم يقبل اداؤهم وكذا يصلح ابن العاقد وابوه شاهدا في انعقاد النكاح ولا يصلح للاداء عند القاضي **قوله** ولهما ان الشهادة شرطت

ومن امر رجلا بان يزوج ابنته الصغيرة فزوجها والاب حاضر بشهادة رجل واحد سواهما جاز النكاح لان الاب يجعل مباشرا لاتحاد المجلس فيكون الوكيل سفيرا معبرا فيبقى المزوج شاهدا وان كان الاب غائبا لم يجز لان المجلس مختلف فلا يمكن ان يجعل الاب مباشرا وعلى هذا اذا زوج الاب ابنته البالغة بمحضر شاهد واحد ان كانت حاضرة جاز وان كانت غائبة لا يجوز والله تعالى اعلم بالصواب ٭

يريد به ان الشهادة انما شرطت في باب النكاح اظهارا لخطر المحل الذي ورد عليه النكاح لان ورود ملك النكاح على الحرة وصيرورتها مصبا لفضلة مستقذرة يشعر برقها وهوانها فشرط الشهادة لورود ذا الملك عليها تضييقا لطريق الوصول اليها ازالة لهوانها واما الثابت في جانب الزوج بالعقد وجوب المهر في ذمته ولا تشترط الشهادة في وجوب المال وهذا بخلاف ما اذا لم يسمعا كلام الزوج لان ورود الملك عليها انما يكون بالعقد وانه ينعقد بكلاميهما فيشترط سماع كلاميهما ٭

قوله يجعل مباشرا لاتحاد المجلس وانما احتيج الى نقل كلام المباشر الى الاب مع ان الاب يصلح شاهدا في النكاح لان الوكيل في باب النكاح سفير ومعبر فاذا كان الاب حاضرا فهذا العقد من الوكيل صورة ومن الاب معنى من حيث ان الحقوق ترجع الى الموكل فكان الاب مزوجا معنى والوكيل مزوج حقيقة فينتقل هذا العقد الى الاب من حيث الصورة ايضا فيصير الاب مزوجا من كل وجه فيبقى الوكيل شاهدا والشيء انما يقدر حكما اذا تصور حقيقة والاب اذا كان في المجلس امكن ان يجعل مزوجا حقيقة فامكن ان يجعل مزوجا تقديرا واذا كان غائبا لا يمكن ان يجعل مزوجا من كل وجه لان العقد انما يصح بالايجاب والقبول في مجلس واحد ولو نقل اليه وهو غائب لوقع الايجاب في المجلس والقبول في مجلس آخر وذلك يبطل العقد والله تعالى اعلم بالصواب

فصل في بيان المحرمات

قال لا يحل للرجل ان يتزوج بامه ولا جداته من قبل الرجال والنساء لقوله تعالى حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم والجدات امهات اذ الام هو الاصل لغة او ثبتت حرمتهن بالاجماع .

قال ولا ببنته لما تلونا ولا ببنت ولده وان سفلت للاجماع ولا باخته ولا ببنات اخته ولا ببنات اخيه ولا بعمته ولا بخالته لان حرمتهن منصوص عليها في هذه الآيات وتدخل فيها العمات المتفرقات والخالات المتفرقات وبنات الاخوة المتفرقين لان جهة الاسم عامة

قال ولا بام امرأته دخل بابنتها او لم يدخل لقوله تعالى وامهات نسائكم من غير قيد الدخول ولا ببنت امرأته التي دخل بها لثبوت

فصل في بيان المحرمات

قوله اذ الام هو الاصل لغة قال الله تعالى هن ام الكتاب اي اصل يرد اليه المتشابه وعلى قول من يقول ان اللفظ الواحد يجوز ان يراد به الحقيقة والمجاز في محلين مختلفين فحرمة الجدات ثابتة بالنص ايضا لان اسم الامهات يتناولهن مجازا وعلى هذا البنات اما ان يتناول لفظ البنات على بنات البنات وبنات الابن بطريق المجاز اويثبت حرمتهن بالاجماع **قوله** من غير قيد الدخول حرمة الامهات ثابتة بنفس العقد عندنا وعند بشر المريسي وابن شجاع ومالك وداؤد وفي احد قولي الشافعي رحمهم الله لا يثبت الا بالدخول بالبنت وهو مذهب علي وزيد بن احمد رضي الله تعالى عنهما لقوله تعالى وامهات نسائكم والاصل ان الشيء اذا عطف على شيء في حكم وذكر في المعطوف شرط فذا ينصرف اليهما كمن قال فلانة طالق وفلانة طالق ان دخل زيد الدار

قيد الدخول بالنص سواء كانت في حجره اوفي حجر غيره

فشرط الدخول ينصرف اليهما فكذا هنا وذكر ام المرأة ثم عطف عليها الربائب ثم شرط الدخول فانصرف اليهما ولنا قوله عليه السلام من تزوج امرأة حرمت عليه امها دخل بها اولم يدخل وحرمت عليه بنتها ان دخل بها ولان الله تعالى حرم ام المرأة مطلقا بلا قيد الدخول فمن قيد به فقد نسخه والدخول ليس بشرط بل هو تحريم شخص موصوف بصفة معطوف على شخص غير موصوف بصفة وعطف الموصوف على غير الموصوف لا يقتضي ذكر الصفة في غير الموصوف كمن قال زينب طالق وعمرة القائمة فانه لا يشترط صفة القيام في زينب لوقوع الطلاق عليها والنساء المذكورة في قوله تعالى وامهات نسائكم مخفوض بالاضافة وفي قوله تعالى من نسائكم مخفوض بحرف من والمخفوضان بأداتين لا ينعتان بنعت واحد الا ترى انه لا يستقيم ان تقول مررت بزيد الى عمر والطريفين ولو كانا مخفوضين بخافض واحد جاز ذلك بان يقول مررت بزيد وعمر والطريفين واما الشرط انما يعود الى الجميع اذا امكن ولم يمكن ههنا لانه يؤدي الى ان يكون الشيء الواحد معمولا بعاملين مختلفين لامحالة لان العامل في الموصوف هو العامل في الصفة ثم في قوله تعالى وامهات نسائكم مجرور بالاضافة وفي قوله تعالى من نسائكم بحرف الجر فلو رجع قوله اللاتي دخلتم بهن اليهما لصار معمولا بالاضافة وحرف الجر وذا لا يجوز وفي الكشاف قوله تعالى من نسائكم اللاتي دخلتم بهن لا يخلو اما ان يتعلق بقوله امهات نسائكم وبالربائب فتكون حرمة الامهات وحرمة الربائب غير مبهمتين واما ان يتعلق بالامهات دون الربائب فتكون حرمة الامهات غير مبهمة وحرمة الربائب مبهمة فلا يجوز الاول لان معنى من مع احد المتعلقين خلاف معناه مع الآخر الا تراك اذا قلت وامهات نسائكم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن

لان ذكر الحجر خرج مخرج العادة لا مخرج الشرط ولهذا اكتفى في موضع الاحلال بنفي الدخول *

قال ولا بامرأة ابيه واجداده لقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم ولا بامرأة ابنه وبني اولاده لقوله تعالى وحلائل ابنائكم الذين من اصلابكم

فقد جعلت من لبيان النساء ولتمييز المدخول بهن من غير المدخول بهن واذا قلت وربائبكم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فانك جاعل من لابتداء الغاية كما تقول بنات رسول الله من خديجة وليس بصحيح ان يعنى بالكلمة الواحدة في خطاب واحد معنيان مختلفان ولا يجوز الثاني لان مايليه هو الذي يستوجب التعلق به وهو ما ذهبنا اليه *

قوله لان ذكر الحجر خرج مخرج العادة فان بنت المرأة تكون في حجر زوج امها اي في تربيته وذكر في مبسوط شيخ الاسلام قوله تعالى فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم فتعلق الاباحة بالدخول دليل على ان الحرمة لم يتعلق بالحجر فان قيل يحتمل ان يكون الحرمة متعلقة بعلة ذات وصفين وهما الدخول والحجر ثم تنتفي الحرمة بانتفاء احدهما لان الشيء ينتفي بانتفاء الجزء فكانت كالقرابة مع الملك في حق العتق حيث ينتفي العتق بانتفاء احد هذين الوصفين فكذلك ههنا ثبوت الاباحة عند انتفاء الدخول لا يدل على ان الحرمة غير متعلقة بالدخول والحجر قلنا نعم كذلك الا ان الاستعمال في مجاري الكلام عند نفي الحكم ينفي علة التي هي ذات وصفين هو نفي الوصفين جميعا او نفي علته مطلقا واما ان ينفي احد وصفيه ويسكت عن الآخر فلا حيث لا يقال لم يعتق لانه لم يرد الملك عليه اولم يرد القرابة عليه بل يقال لانه لم يرد عليه الملك مع القرابة ولم يوجد علة العتق وكذلك لا يقال لا يجري حكم الربوا وهو حرمة الفضل بين هذين البدلين لانه لم توجد الجنسية اولم يوجد القدر بل يقال لم يوجد القدر مع الجنسية اولم توجد علة الربوا ولان الاصل في النساء الحرمة بدليل ان الحرمة

ذكر الاصلاب لاسقاط اعتبار التبني لا لاحلال حليلة الابن من الرضاعة ولا بامه من الرضاعة ولا باخته من الرضاعة لقوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم واخواتكم من الرضاعة ولقوله عليه الصلوة والسلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ولا يجمع بين اختين نكاحا ولا بملك يمين وطئا لقوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين ولقوله عليه السلام من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يجمعن ماءه في رحم اختين فان تزوج اخت امة له قد وطئها صح النكاح لصدوره من اهله مضافا الى محله واذا جاز لا يطأ الامة وان كان لم يطأ المنكوحة

ثبتت بالشبهات لا الحل فلو كان الحجر مع الدخول شرطا لحرمة الربيبة كان الاولى ان يكتفى باحدهما في موضع الحرمة فلما لم يكن النظم هكذا اعلم ان ذكر الحجر خرج على وفاق العادة لا الشرط •

قوله وذكر الاصلاب لاسقاط اعتبار التبني فان التبني قد انتسخ بقوله تعالى ادعوهم لآبائهم وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم تبنى زيد بن حارثة ثم تزوج زينب بعد ما طلقها زيد فطعن المشركون وقالوا انه تزوج حليلة ابنه وفيه نزل قوله تعالى ما كان محمد ابا احد من رجالكم فهذا التقييد هنا لدفع طعن المشركين • فان قيل ابن الابن لا يكون من صلبه فكيف يتناوله قلنا مثل هذا اللفظ يذكر باعتبار ان الاصل من صلبه كقوله تعالى خلقكم من تراب والمخلوق من التراب هو الاصل كذا في المبسوط **قوله** وان تجمعوا بين الاختين وهو في موضع الرفع لانه معطوف على المحرمات اي وحرم عليكم الجمع بين الاختين **قوله** لصدوره من اهله مضافا الى محله اما الاهل فظاهر واما المحل فلان الاخت المملوكة لم تصر فراشا بنفس الوطئ ولم يشتغل رحمها بمائه شغلا معتبرا ولهذا لو اعتقها لا يلزمها العدة ولا يثبت نسب ولدها الا بدعوته •

لان المنكوحة موطوءة حكما ولا يطأ المنكوحة للجمع الا اذا حرم الموطوءة على نفسه بسبب من الاسباب فحينئذ يطأ المنكوحة لعدم الجمع وطئا ويطأ المنكوحة ان لم يكن وطى المملوكة لعدم الجمع وطئا اذا المرقوقة ليست موطوءة حكما فان تزوج اختين في عقدتين ولا يدري ايتهما اولى فرق بينه وبينهما لان نكاح احدهما باطل بيقين ولا وجه الى التعيين لعدم الاولوية ولا الى التنفيذ مع التجهيل لعدم الفائدة او للضرر فتعين التفريق ولهما نصف المهر لانه وجب للاولى منهما وانعدمت الاولوية للجهل بالاولية فيصرف اليهما وقيل لا بد من دعوى كل واحدة منهما انها الاولى او الاصطلاح لجهالة المستحقة ولا يجمع بين المرأة وعمتها او خالتها او ابنة اخيها او ابنة اختها

قوله لان المنكوحة موطوءة حكما حتى لو تزوج مشرقي مغربية وولدت اولادا ثبت نسبهم منه للوطئ حكما فان قيل لما كان النكاح قائما مقام الوطئ وجب ان لا يجوز هذا النكاح كيلا يصير جامعا بينهما وطئا حكميا كما قال مالك رحمه الله قلنا نفس النكاح ليس بوطئ وانما صار كالوطئ عند ثبوت حكمه وهو حل الوطئ وحكم النكاح يثبت بعده فالنكاح في حال وجوده ليس بوطئ فيصح لوجوده في محله **قوله** ولهما نصف المهر اي الاقل من نصفي المهر لان فيه تعيينا وهذا لان كل واحدة منهما ان كانت سابقة فلها نصف المهر وان كانت لاحقة فلا شئ لها فكان لكل واحدة ربع المهر فان قيل ينبغي ان لا يقضى على الزوج بشئ كما روي عن ابي يوسف رحمه الله لان المقضي له مجهول وجهالة المقضي له تمنع القضاء كمن قال لرجلين لاحدكما علي الف درهم فانه لا يكون لاحدهما ان يأخذ منه شيئا ما لم يصطلحا قلنا قد قالوا معنى المسئلة ان يدعي كل واحدة انها هي الاولى ولا حجة اما اذا قالتا لا ندري اي النكاحين اول لا يقضى لهما بشئ ما لم يصطلحا على اخذ نصف المهر لان الحق وجب لمجهولة فلا بد من الدعوى او الاصطلاح

(كتاب النكاح .... فصل في بيان المحرمات)

لقوله عليه السلام لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على ابنة اخيها ولا على ابنة اختها وهذا مشهور فيجوز الزيادة على الكتاب بمثله ولا يجمع بين امرأتين لو كانت احدهما رجلا لم يجز له ان يتزوج بالاخرى لان الجمع بينهما يفضي الى القطيعة والقرابة المحرمة المنكاح محرمة للقطع ولو كانت المحرمية بينهما بسبب الرضاع تحرم لما روينا من قبل ولا باس بان يجمع بين امرأة وبنت زوج كان لها من قبل لانه لا قرابة بينهما ولا رضاع وقال زفر لا يجوز ولان ابنة الزوج لو قدرتها ذكرا لا يجوز له التزوج بامرأة ابيه قلنا امرأة الاب لو صورتها ذكرا جاز له التزوج بهذه والشرط ان يصور ذلك من كل جانب (وقد صح ان عبد الله بن جعفر رض جمع بين امرءة علي رض وبنته) ومن زنا بامرأة حرمت عليه امها وبنتها وقال الشافعي الزنا لا يوجب حرمة المصاهرة

قوله لقوله عليه السلام لا تنكح المرأة على عمتها هذا نهي بصيغة الخبر وهو ابلغ مما يكون من النهي ثم ذكر النهي من الجانبين للمبالغة في بيان التحريم اولا زالة الاشكال ربما يظن ان نكاح ابنة الاخ على العمة لا يجوز ونكاح العمة على بنت الاخ يجوز لتفضيل العمة كما لا يجوز نكاح الامة على الحرة ويجوز نكاح الحرة على الامة وهذا الحديث مشهور تلقته العلماء بالقبول فتجوز الزيادة به على كتاب الله تعالى ولئن كان من الآحاد فقد ورد تخصيصا للكتاب وتخصيص عام ثبت خصوصه جائز وقد خصت المجوسية والوثنية من قوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم فتخص هذه الصورة بهذا الخبر **قوله** لما روينا وهو قوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب **قوله** والشرط ان يصور ذلك من كل جانب لان حرمة الجمع لصون القرابة عن القطيعة وهذا انما يتحقق اذا تحققت الحرمة من الجانبين لان حرمة القرابة ثبتت من الجانبين فاما اذا ثبتت في احد الجانبين فتلك حرمة الصهرية فلا تكون مفضية الى القطيعة فان قيل بينهما محرمية

لانها نعمة فلا تنال بالمحظور ولنا ان الوطئ سبب الجزئية بواسطة الولد حتى يضاف الى كل واحد منهما كملا فيصير اصولها وفروعها كاصوله وفروعه وكذلك

بالمصاهرة فيحرم الجمع كما لو كان بينهما محرمية نسبا او رضاعا قلنا المحرمية عبارة عن حرمة التناكح من الجانبين كما في الاختين نسبا او رضاعا ولم يوجد هنا لانا لو فرضنا امرأة الاب ذكرا لا يحرم المناكحة لانه متى كان ذكرا لم تكن امرأة الاب .

قوله لانها نعمة لان الله تعالى من علينا بالمصاهرة كما من بالنسب قال الله تعالى وهو الذي خلق من الماء بشرا فجعله نسبا وصهرا والحكيم انما يمن بالنعمة ولان الاجنبية بها تلحق بالامهات حتى يخلو بها ويسافر بها والزنا سبب للعقوبة فانى يستقيم تعلق النعمة به ولنا قوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم اي لا تطأوا ما وطئ آباؤكم لان النكاح حقيقة للوطئ ومستعار للعقد ولانه في اللغة الضم قال انكحت صم حصاها خف يعملة . وحقيقته في الوطئ لانهما يصيران كشخص واحد حال ذلك الفعل ويثبت الازدواج حكما بالعقد لا حقيقة لانه سبب الانضمام الحقيقي فان حله بالعقد في الاصل وما نكح يعني من نكح لانه قال بعده من النساء وهو بيان لما سبق ذكره مبهما فالنص يقتضي حرمة وطئ منكوحة الاب مطلقا فلا يقيد بالحلال كيلا يصير زيادة على الكتاب ولان الوطئ الحرام مؤثر في افادة حرمة المصاهرة كالوطئ الحلال وهذا لان الحلال ما كان سببا للحرمة لانه حلال بل لكونه سببا للجزئية بواسطة الولد والحرام شارك الحلال في السببية فيشاركه في الحرمة وهذا لان الوطئ الحلال يجعل اصولها وفروعها كاصوله وفروعه واصوله وفروعه كاصولها وفروعها من وجه بيانه ان الولد جزء الواطئ لان بعضه جزؤه حقيقة والبعض الآخر جزؤه معنى حتى تثبت احكام البعضية في الكل من العتق والارث وغيرهما وكذا في جانبها ولهذا يضاف الولد الى كل واحد منهما كملا فيقال هذا ولد فلان وفلانة والولد اسم للكل ومتى ثبتت الجزئية بين كل واحد منهما وبين الولد ثبتت بينه وبينها بواسطة الولد

على العكس والاستمتاع بالجزء حرام الا في موضع الضرورة وهي الموطوءة

ضرورة اذ بعض الولد جزؤها وقد اضيف كل الولد اليه فكان جزؤها مضافا اليه ضرورة وكذا هذا لا عتبار في الجانب الآخر وهو امر حقيقي لا يختلف بحل السبب وحرمته فصارت ام الموطوءة وبناتها في معنى امهاته وبناته من وجه لان ام الموطوءة جدة هذا الولد تكون اصل هذا الولد فكان الولد في معنى فرع فرعها ولا يتصور كونه في معنى فرع فرعها الا اذا كان الواطيء فرعها معنى وام الموطوءة اصله لانها ما لم تكن اصله استحال ان يكون اصل اصل فرعه وكذا هذا الاعتبار في جانب البنت والام والبنت من وجه حرام كالام والبنت من كل وجه الا ترى ان الشرع حرم ام الرضاع مع انها ليست اصل كله بل هي اصل جزئه باعتبار انبات اللحم وانشار العظم بالرضاع وانما لم تحرم الموطوءة لان عملها كعمل حقيقة البعضية وهي توجب الحرمة في غير موضع الضرورة لا في موضعها الا ترى ان حوا رضي الله عنها خلقت من آدم عليه السلام وكانت بعضه حقيقة وهي حلال له ضرورة فكذا البعضية الحكمية توجب الحرمة في غير موضع الضرورة وفي حق الموطوءة ضرورة لانها لو حرمت لما حلت منكوحة والزنا من حيث انه سبب الولد ليس بحرام لانه من هذا الوجه سبب البقاء واسباب البقاء مشروعة وانما حرم من حيث انه يضمن آثارا فاسدة كسفح الماء على سبيل التضييع وافساد الفراش وهو من هذا الوجه ليس بسبب لحرمة المصاهرة وبهذا تبين انه لا تمسك له بقوله عليه السلام الحرام لا يحرم الحلال لان الحرمة ما نيطت بالزنا من حيث انه حرام بل من حيث انه سبب الولد وقائم مقامه ولا عصيان ولا عدوان فيه وما قام مقام غيره فانما يعمل عمل الاصل كالتراب لما قام مقام الماء نظرا الى كون الماء مطهرا وسقط وصف التراب فكذا هذا يهدر وصف الزنا بالحرمة لقيامه مقام ما لا يوصف بها وهو الولد فان قيل ما ذكرتم ان الولد يضاف الى كل واحد كملا ممنوع لانه ليس بولده فكيف يضاف اليه الا ترى انه عليه السلام ما اثبت للزاني

والوطي محرم من حيث انه سبب الولد لا من حيث انه زنا.

الحجر في موضع الحاجة الى بيان حكم الولد وجعل كل الولد منسوبا الى صاحب الفراش ولان الجزئية بالتفرع وكله لم يتفرع عنه بل بعضه متفرع عنها فاذا لم يتفرع كله منه كيف يكون الكل جزؤه والمراد باضافته اليه بعضه لان اطلاق اسم الكل على البعض شائع نعلم ان بعض الولد جزؤه وام الموطوءة ليست باصل لهذا القدر الذي هو جزء الواطي فلا تصير ام الموطوءة في معنى امه ولئن صارت امه من وجه ولا نسلم ان امه من وجه حرام فكيف يحرم ام الام من وجه دون الام من كل وجه فحرمة الام من كل وجه لا تدل على تحريم الام من وجه والام رضاعا حرمت بالنص ولم تحرم استدلالا بالام من كل وجه قلنا كل الولد جزؤه لان احكام البعضية ثبتت لكله لا لبعضه ولهذا يعتق كله وعلى ما زعمت يجب ان يعتق بعضه ويجب نفقة كله ولو بعد لفرقة ولا ندعي بان كله تفرع منه حقيقة لانه لا نزاع في الحقائق بل ندعي انه في معنى المتفرع منه لان بعضه متفرع منه حقيقة وقد اختلط بعضها بذلك البعض على وجه لا يتميز وصارا بالاختلاط كشي واحد فكل حكم يثبت لبعضه المتفرع منه يثبت لبعضها المختلط ببعضه ضرورة عدم التميز فكان الكل تفرع منه وانما اثبتنا الحرمة هنا استدلالا بالام رضاعا لانها ام من وجه ولانها لما كانت اما من وجه كانت حراما من وجه فيحرم احتياطا ومن فروع هذه المسئلة ابنته من الزنا بان زنى ببكر وامسكها حتى ولدت ابنة فان نكاحها يحرم عليه عندنا خلافا للشافعي رحمه الله لانها بنته حقيقة فيحرم لقوله تعالى وبناتكم فان قيل لو كانت بنته لوجبت النفقة ولثبت التوارث ولصارت امها ام ولد له فلما لم تثبت هذه الاحكام عرفنا ان هذه غير مضافة اليه على الاطلاق فاذا لم يوجد لم يدخل تحت نص التحريم فبقيت داخلة تحت نص الاباحة قلنا لما كانت مخلوقة من مائه كانت مضافة اليه من كل وجه وهذه الاحكام ان لم تثبت فلا تدل على عدم الاضافة اليه الا ترى

ومن مسته امرأة بشهوة حرمت عليه امها وابنتها وقال الشافعي رحمه الله لا تحرم وعلى هذا الخلاف مسه امرأة بشهوة ونظره الى فرجها ونظرها الى ذكره عن شهوة له ان المس والنظر ليسا في معنى الدخول ولهذا لا يتعلق بهما فساد الصوم والاحرام ووجوب الاغتسال فلا يلحقان به ولنا ان المس والنظر سبب داع الى الوطئ فيقام مقامه في موضع الاحتياط ثم المس بشهوة ان تنتشر الآلة او تزداد انتشارا هو الصحيح والمعتبر النظر الى الفرج الداخل ولا يتحقق ذلك الا عند اتكائها ولو مس فانزل فقد قيل ان يوجب الحرمة

ان الابن الكافر لا يرث ولا يستحق النفقة على الاخ المسلم ولا خلل في الاضافة فدل على ان عدم هذه الاحكام لا يدل على الاختلال في الاضافة بل عدمها لعدم شرطها على ان الحرمة مما يحتاط في اثباتها متى دارت بين الثبوت وعدمه

قوله ومن مسته امرأة بشهوة هذه المسئلة مصورة في المس الحلال او النظر الحلال ليستقيم قول الشافعي رحمه الله فلا يلحقان به وصورته ان يقبل امته بشهوة ثم اراد ان يتزوج ابنتها عنده يجوز وكذلك لو تزوج امرأة وقبلها بشهوة ثم ماتت عنده يجوز له ان يتزوج ابنتها بناء على اصله ان حرمة المصاهرة ثبتت بما يؤثر في اثبات النسب والعدة ولا يؤثران في اثبات النسب والعدة فكذلك في اثبات الحرمة

قوله فيقام مقامه في موضع الاحتياط وحرمة الفرج مما يحتاط فيها حتى ان شبهة البعضية بسبب الرضاع قامت مقام حقيقة البعضية في اثبات الحرمة دون سائر الاحكام من التوارث ومنع وضع الزكوة ومنع قبول الشهادة وكذلك لا يقوم المس او النظر مقام الوطئ في افساد الصوم والاحرام ووجوب الاغتسال وان قام مقامه في حق اثبات حرمة المصاهرة

قوله هو الصحيح وفي الذخيرة وكثير من المشايخ لم يشترط الانتشار وجعلوا حد الشهوة ان يميل قلبه اليها ويشتهي جماعها وهذا اذا كان شابا قادرا على الجماع وان كان شيخا او عنينا فحد الشهوة ان يتحرك قلبه بالاشتهاء ان لم يكن متحركا

والصحيح ان لا يوجبها لانه بالانزال تبين انه غير مفض الى الوطئ وعلى هذا اتيان المرأة في الدبر واذا طلق امرأته طلاقا بائنا او رجعيا لم يجز له ان يتزوج باختها حتى تنقضي عدتها وقال الشافعي رحمه الله ان كانت العدة عن طلاق بائن او ثلث يجوز لانقطاع النكاح بالكلية اعمالا للقاطع ولهذا لو وطئها مع العلم بالحرمة يجب الحد ولنا ان نكاح الاولى قائم لبقاء احكامه كالنفقة والمنع والفراش والقاطع تأخر عمله ولهذا ابقي القيد والحد لا يجب على اشارة كتاب الطلاق وعلى عبارة كتاب الحدود يجب لان الملك قد زال في حق الحل فيتحقق الزنا

قبل ذلك ويزداد الاشتهاء ان كان متحركا وكان الفقيه محمد الرازي رحمه الله لا يعتبر تحرك القلب وانما يعتبر تحرك الآلة وكان لا يفتي بثبوت الحرمة في الشيخ الكبير اوالعنين الذي ماتت شهوته حتى لم يتحرك عضوه بالملامسة

قوله والصحيح ان لا يوجبها وقال بعض المشائخ ثبتت حرمة المصاهرة بالمس وان اتصل به الانزال وجه ذلك ظاهر لانه تثبت حرمة المصاهرة بمجرد المس بشهوة فهذه الزيادة وان كانت لا توجب زيادة حرمة لا توجب خللا فيها **قوله** كالنفقة والمنع والفراش المعنى من الفراش هو صيرورة المرأة بحال لو جاءت بولد يثبت النسب منه وهذا كذلك مادامت العدة باقية وقال الشافعي رحمه الله ان كانت العدة عن طلاق بائن او ثلث يجوز والطلاق البائن الذي هو دون الثلث عنده انما يكون في الطلاق على مال لا غير لان الكنايات عنده رواجع والخلع فسخ وليس بطلاق فتعين هذا **قوله** والحد لا يجب على اشارة كتاب الطلاق جواب عن قول الشافعي رحمه الله ولهذا لو وطئها مع العلم بالحرمة يجب الحد ذكر في كتاب الطلاق معتدة عن طلاق ثلث جاءت بولد لاكثر من سنتين من يوم طلقها زوجها لم يكن الولد للزوج اذا انكره ففي قوله لا يثبت نسبه منه اذا انكره دليل على انه لو ادعى ثبت

ولم يرتفع في حق ما ذكرنا فيصير جا معا ولا يتزوج المولى امته ولا المرأة عبدها لان النكاح ماشرع الامثمرا بثمرات مشتركة بين المتناكحين والمملوكية تنافى المالكية فتمنع وقوع الثمرة على الشركة

نسبه منه ففيه اشارة الى ان الوطء في العدة من طلاق ثلث لايكون زنا اذلوكان زنا لايثبت به النسب وان ادعى فقد نص في كتاب الحدود ان من طلق امرأته ثلثا ثم وطئها فى العدة يجب عليه الحد اذا لم يدعى الشبهة فصار في حق وجوب الحد لوطء المطلقة الثلث روايتان

قوله ولم يرتفع في حق ما ذكرنا وهو النفقة والمنع والفراش **قوله** لان النكاح ماشرع الا مثمرا ثمرات مشتركة بين المتناكحين للزوج طلب تمكينها من الوطء ودواعيه بغير اختيارها شرعا والمنع عن الخروج والتحصين وما يجب لها عند نحو طلب النفقة جبرا والقسم والسكنى والمنع عن العزل والقيام في امورها الراجعة الى الزوجية **قوله** والمملوكية تنافى المالكية لان المملوكية اثر المقهورية والمالكية اثر القاهرية فبينهما تناف فان قيل انما ثبت التنافي اذا كانا من جهة واحدة وهنا من جهتين مختلفتين فجاز ان يجتمعا وذلك لان المرأة مالكة بجهة ملك اليمين فجاز ان يكون هي مملوكة لعبدها من جهة النكاح كالاب يكون ابنا لابيه قلنا ليس هذا نظيره لان هناك اجتمعت الابوة والبنوة في حق شخص واحد لكن باعتبار شخصين مختلفين وهنا في شخص واحد وهو المرأة باعتبار شخص واحد وهو العبد فيقع التنافي ولان المرأة بجميع اجزائها مالكة لعبدها فلو جاز النكاح بينهما يكون بعضها مملوكا لعبدها فباعتبار مالكيتها تمتنع عن تسليم بعضها وباعتبار مملوكيتها لا تتمكن من الامتناع فحينئذ تمتنع و لا تمتنع فيتحقق التنافي

(كتاب النكاح .... فصل في بيان المحرمات)

ويجوز تزويج الكتابيات لقوله تعالى والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب اي العفائف ولا فرق بين الكتابية الحرة والامة على مانبين ان شاء الله تعالى ولا يجوز تزوج المجوسيات لقوله صلى الله عليه وسلم

قوله ويجوز تزويج الكتابيات لقوله تعالى والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب اي العفائف وانما فسره بهذا احترازا عن قول ابن عمر رضي الله عنهما فانه يفسر المحصنات بالمسلمات فان قيل اهل الكتاب مشركون قال الله تعالى وقالت اليهود عزير ابن الله وقالت النصارى المسيح ابن الله الى قوله سبحانه عما يشركون وقد ذكر في التيسير والكشاف ان اسم المشرك يقع على اهل الكتاب ثم ذكر بعد هذا في الكتاب ولا يجوز تزويج المجوسيات ولا الوثنيات لقوله تعالى ولا تنكحوا المشركات فلم يجز هناك نكاح اهل الشرك لاشراكهم وقد اجاز هنا نكاح اهل الكتاب فما وجه التوفيق قلنا فيه وجهان احدهما ما ذكره في المبسوط ان اسم المشرك لا يتناول الكتابي مطلقا فان الله تعالى عطف المشركين على اهل الكتاب في قوله تعالى لم يكن الذين كفروا من اهل الكتاب والمشركين نعلم ان معنى الاشراك صار مغلوبا فيهم ولم يلتفت بوجوده وكان ابن عمر رضي الله عنهما لا يجوز ذلك ويقول ان الكتابية مشركة وقد قال الله تعالى ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن فكان معنى قوله تعالى والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب من قبلكم اللائي اسلمن من اهل الكتاب واسنانا حذ بهذا لما ذكرنا ان الله تعالى عطف المشركين على اهل الكتاب ولانا لو حملنا الآية على ما قال ابن عمر رضي الله عنهما لم يكن لتخصيص الكتابية بالذكر معنى فان غير الكتابية اذا اسلمت حل نكاحها ايضا وقد جاء عن حذيفة رضي الله عنه انه تزوج يهودية وكذلك كعب بن مالك رضي الله عنه والثاني ما ذكره اهل التفسير قالوا ولا تنكحوا المشركات الآية منسوخة

سنوا بهم سنة أهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم •

قال ولا الوثنيات لقوله تعالى ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن ويجوز تزوج الصابيات ان كانوا يؤمنون بدين نبي ويقرؤن بكتاب لانهم من اهل الكتاب وان كانوا يعبدون الكواكب ولا كتاب لهم لم تجز مناكحتهم لانهم مشركون والخلاف المنقول فيه محمول على اشتباه مذهبهم فكل اجاب على ما وقع عنده وعلى هذا حال ذبيحتهم

قال ويجوز للمحرم والمحرمة ان يتزوجا في حالة الاحرام وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز وتزويج الولي المحرم وليته على هذا الخلاف له قوله صلى الله عليه وسلم لا ينكح المحرم ولا ينكح ولنا ماروي إنه صلى الله عليه وسلم تزوج بميمونة وهو محرم وما رواه محمول على الوطئ ويجوز تزوج الامة مسلمة كانت او كتابية وقال الشافعي رحمة الله تعالى عليه لا يجوز للحر ان يتزوج بامة كتابية

بقوله تعالى والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب من قبلكم فان سورة المائدة كلها ثابتة لم ينسخ منها شيء وهو قول ابن عباس والاوزاعي رضي الله تعالى عنهم •

قوله سنوا بهم سنة اهل الكتاب اي اسلكوا بهم طريقهم يعني عاملوهم معاملة هؤلاء في اعطاء الامان باخذ الجزية منهم كذا في المغرب

قوله ويجوز تزويج الصابيات وهي من صبا اذا خرج من الدين وهم قوم عدلوا عن دين اليهودية والنصرانية وعبد والملائكة كذا في الكشاف **قوله** فكل اجاب على ما وقع عنده وقع عند ابي حنيفة رحمه الله انهم قوم من النصارى يقرؤن الزبور ويعظمون بعض الكواكب كتعظيمنا القبله وهما جعلا تعظيمهم لبعض الملائكة عبادة منهم لها فكانوا كعبدة الاوثان **قوله** وماروا محمول على الوطئ اي لا يطأ ولا تمكن المرأة من الوطئ وقيل هو اخبار عن معتاد احوال المحرمين انهم في احرامهم لا يشتغلون بالانكاح

لان جواز نكاح الاماء ضروري عنده لما فيه من تعريض الجزء على الرق وقد اندفعت الضرورة بالمسلمة ولهذا جعل طول الحرة مانعا منه وعندنا الجواز مطلق لاطلاق المقتضي

والنكاح بل هم يشتغلون بامور المناسك من الوقوف والطواف والسعي والرمي كما قال الحاج الشعث التفل اي لا يشتغلون بالاغتسال شغلا باعمال الحج وان كان الاغتسال بالماء القراح لا باس به فكذلك امر النكاح لانه عقد يصار اليه عند الفراغ لما فيه من الخطبة والخطبة مراودات ودعوات واجتماعات لا يتحقق الا عند الفراغ واذا حمل على وفاق العادة لم يتعلق به حكم والا وجه ان يقال ان الحديث يروى بالنهي محروما وهو اختيار الخطابي والنهي يكون للتنزيه فحمل عليه توفيقا بين الحديثين ولئن روي منفيا فالنفي يجيء بمعنى النهي

قوله لان جواز نكاح الاماء ضروري عنده حتى لا يجوز للحر ان يتزوج اكثر من واحدة ولا يجوز نكاحها عند طول الحرة ولا يجوز نكاحها الا عند خوف العنت وهو الزنا **قوله** لما فيه من تعريض الجزء على الرق لان الولد جزء منه وهو تابع للام في الرق والارقاق اهلاك حكما لان الرقيق كالهالك والرق اثر الكفر وهو موت قال الله تعالى اومن كان ميتا فاحييناه اي كافرا فهديناه ولهذا كان الاعتاق احياء قال عليه السلام لن يجزي ولد والده الا ان يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه وهذا لان الاب سبب لحيوته فانما يصير مجازيا له اذا تسبب لحيوته وذا بالشراء والاهلاك حكما كالاهلاك حقيقة الا انه اذا خشي العنت ابيح له ضرورة وصيانة لنفسه عن الزنا لان الاجتناب عنه فرض عليه فسقط حرمة الارقاق لذلك وقد اندفعت الضرورة بالمسلمة فلا تباح الكتابية **قوله** لاطلاق النصوص المقتضي فانكحوا ما طاب لكم. واحل لكم ما وراء ذلكم

وفيه امتناع عن تحصيل الجزء الحر لا ارقاقه وله ان لا يحصل الاصل فيكون له ان لا يحصل الوصف ولا يتزوج امة على حرة لقوله صلى الله عليه وسلم لا تنكح الامة على الحرة وهو باطلاقه حجة على الشافعي رحمة الله تعالى عليه في تجويزه ذلك للعبد وعلى مالك في تجويزه برضاء الحرة ولان للرق اثرا في تنصيف النعمة على ما نقرره في الطلاق ان شاء الله فيثبت به حل المحلية في حالة الانفراد دون حالة الانضمام ويجوز تزوج الحرة عليها لقوله صلى الله عليه وسلم و تنكح الحرة على الامة ولانها من المحللات في جميع الحالات اذ لا منصف في حقها فان تزوج امة على حرة في عدة من طلاق بائن لم يجز عند ابي حنيفة رحمه الله

قوله وفيه امتناع اي في الاقدام على نكاح الامة امتناع عن تحصيل الجزء الحر لا ارقاقه وقوله وفيه ارقاق قلنا ان ارقاق الولد ولا ولد محال وبعدما حدث لا يصح منه شيء حتى يقال بانه ارقاق فعلم انه ليس فيه ارقاق الولد ولئن قال فيه امتناع عن تحصيل الجزء الحر قلنا هذا ليس بحرام لانه بسبيل من ان لا يحصل الاصل بالامتناع عن النكاح فلان يكون بسبيل من ان لا يحصل الوصف اولى على انا لا نسلم ان الارفاق حرام وهذا لان الارقاق دون التضييع لان فيه تضييع النسل اصلا وفي الارقاق تضييع صفة الحرية دون النسل وذا جائز بالعزل باذن الحرة فالارقاق اولى وكذا اذا تزوج امة ثم حرة فان نكاح الامة لا يبطل وقد استغنى عن ارقاق الولد بالحرة **قوله** ولان للرق اثرا في تنصيف النعمة الحل الذي بني عليه النكاح نعمة في جانب الرجال والنساء ثم ينتصف ذلك الحل برق الرجل حتى ينكح العبد ثنتين والحر اربعا فكذا ينتصف برق المرأة ولا يمكن اظهار التنصيف في جانبها بنقصان العدد لان المرأة الواحدة لا تحل الا لواحد فظهر التنصيف باعتبار الحال والاحوال ثلث تقدم وتأخر وقران فصح متقدما لا متأخرا وبطل مقارنا

ويجوز عندهما لان هذا ليس بتزوج عليها وهو المحرم ولهذا لو حلف لا يتزوج عليها لم يحنث بهذا ولابي حنيفة رحمه الله ان نكاح الحرة باق من وجه لبقاء بعض الاحكام فيبقى المنع احتياطا بخلاف اليمين لان المقصود ان لا يدخل غيرها في قسمها وللحران يتزوج اربعا من الحرائر والاماء وليس له ان يتزوج اكثر من ذلك لقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلث ورباع والتنصيص على العدد يمنع الزيادة عليه وقال الشافعي رحمة الله تعالى عليه لا يتزوج الا امة واحدة لانه ضروري عنده والحجة عليه ما تلونا اذ الامة المنكوحة ينتظمها اسم النساء كما في الظهار

لانه لا يحتمل التحري فغلب التحريم كالطلاق الثلث والاقراء اونقول في الحقيقة حالتان حالة الانضمام الى الحرة وحالة الانفراد عنها فثبت الحل في حالة الانفراد دون الانضمام •

قوله ويجوز عندهما لان هذا ليس بتزوج عليها فان قيل اذا تزوج امرأة في عدة اختها من طلاق بائن لا يجوز عندهما ايضا فلم جاز تزوج الامة في عدة الحرة ولا يجوز الجمع في المسئلتين بتزوج الاخت على اختها وكذا تزوج الامة على الحرة قلنا انهما يقولان ان المحرم هناك الجمع فاذا تزوجها في عدة اختها صار جامعا بينهما في حقوق النكاح فلا يجوز واما هذا المنع فليس لاجل الجمع فانه لو تزوج الامة ثم الحرة صح نكاحهما ولكن المنع من تزوج الامة على الحرة لما فيه من ادخال ناقصة الحال في مزاحمة كاملة الحال وهذا لا يوجد بعد البينونة **قوله** ولا يجوز ان يتزوج اكثر من ذلك لقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلث ورباع والمراد احد هذه الاعداد بالاجماع وعن ابن ابي ليلى وابراهيم النخعي رحمهما الله وبعض الروافض انه يجوز الجمع بين تسع نسوة تمسكا بهذا النص والجواب عنه ان العبارة عن التسع بهذا من الجهل والسخف فان من اراد ان يقول اعط فلانا تسعة دراهم فقال اعطه درهمين

ولا يجوز للعبد ان يتزوج اكثر من اثنتين وقال مالك يجوز لانه في حق النكاح بمنزلة الحر عنده حتى ملكه بغير اذن المولى ولنا ان الرق منصف فيتزوج العبد اثنتين والحر اربعا اظهارا لشرف الحرية فان طلق الحر احدى الاربع طلاقا بائنا لم يجز له ان يتزوج رابعة حتى تنقضي عدتها وفيه خلاف الشافعي رحمه الله تعالى وهو نظير نكاح الاخت في عدة الاخت

قال وان تزوج حبلى من زنا جاز النكاح ولا يطأها حتى تضع حملها وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف رحمه الله النكاح فاسد وان كان الحمل ثابت النسب فالنكاح باطل بالاجماع لابي يوسف رحمه الله ان الامتناع في الاصل لحرمة الحمل وهذا الحمل محترم لانه لا جناية منه ولهذا لم يجز اسقاطه ولهما انها من المحللات بالنص

وثلثة واربعة كان سخيفا جاهلا فعلم انه اراد اثنين اثنين وثلثا ثلثا واربعا اربعا كقوله تعالى تعالى اولي اجنحة مثنى وثلث ورباع تحقيقه ان الله تعالى اباح كل جملة موصوفا بصفة الاولى بكونها مثنى والثانية بكونها ثلث والثالثة بكونها رباع وانما يصير كل جملة موصوفا بالوصف الذي وصفه الله تعالى اذا كان المراد احد هذه الاعداد اما اذا اريد به الجمع لا يصير كل جملة موصوفا بما وصفها الله تعالى به فان الاثنتين اذا جمع بالثلث يكون خماسا واذا جمع بين الثلث والرباع يكون سباعا فعلمنا بدلالة هذه الصفات ان المراد هو التخيير بين هذه الاعداد لا الجمع.

قوله ولا يجوز للعبد ان يتزوج اكثر من اثنتين المكاتب والمدبر وابن ام الولد في هذا كالعبد لان الرق المنصف للحل قائم فيهم كذا في المبسوط

قوله وان تزوج حبلى من زنا جاز النكاح وقال ابو يوسف رحمه الله لا يجوز لابي يوسف رحمه الله ان الامتناع في الاصل اي فيما اذا كان الحمل ثابت النسب لحرمة الحمل

وحرمة الوطي كيلا يسقي ماءه زرع غيره والامتناع في ثابت النسب لحق صاحب الماء ولا حرمة للزاني فان تزوج حاملا من السبي فالنكاح فاسد لانه ثابت النسب وان زوج ام ولده وهي حامل منه فالنكاح باطل لانها فراش لمولاها حتى يثبت نسب ولدها منه من غير دعوة فلو صح النكاح لحصل الجمع بين الفراشين الا انه غير متأكد حتى ينتفي الولد بالنفي من غير لعان فلا يعتبر مالم يتصل به الحمل قال ومن وطي جاريته ثم زوجها جاز النكاح لانها ليست بفراش لمولاها فانها لوجاءت بولد لا يثبت نسبه من غير دعوة

ولهما انها من المحللات بالنص وهو قوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم قوله وحرمة الوطي كيلا يسقي ماءه زرع غيره فان الحمل يزداد سمعه وبصره حدة بالوطي كما ورد في الحديث وذكر الامام التمرتاشي رحمه الله ولا نفقة لها وقيل لها ذلك ولا يباح وطئها ولا دواعيه وعدتها بوضع الحمل وقيل لا باس بوطئها بخلاف الامة الحامل من الزنا لا يقربها المولى قبل الوضع وكذا الخلاف لو زوجت نفسها من الزاني ولم يقر الزاني بان الحبل منه فان اقر صح النكاح وعند الكل يستحق النفقة لانه غير ممنوع عن وطئها قوله لانها فراش لمولاها اعلم ان الفراش على ثلثة انواع قوي وضعيف ومتوسط فالقوي فراش النكاح ولهذا لو جاءت المنكوحة بولد ثبت النسب من غير دعوى ولو نفاه الزوج لا ينتفي بمجرد النفي من غير لعان والمتوسط فراش ام الولد حتى لو جاءت بولد ثبت النسب من المولى من غير دعوى ولو نفاه ينتفي بمجرد النفي من غير لعان والضعيف فراش الامة حتى لو جاءت بولد لا يثبت نسبه من المولى من غير دعوى *

الا ان عليه ان يستبريها صيانة لمائه واذا جاز النكاح فللزوج ان يطأها قبل الاستبراء عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا احب له ان يطأها قبل ان يستبريها لانه احتمل الشغل بماء المولى فوجب التنزه كما في الشراء ولهما ان الحكم بجواز النكاح امارة الفراغ فلا يؤمر بالاستبراء لا استحبابا ولا وجوبا بخلاف الشراء لانه يجوز مع الشغل وكذا اذا رأى امرأة تزني فتزوجها حل له ان يطأها قبل ان يستبريها عندهما وقال محمد لا احب له ان يطأها مالم يستبريها والمعنى ماذكرنا ونكاح المتعة باطل وهو ان يقول لامرأة اتمتع بك كذا مدة بكذا من المال وقال مالك رحمة الله تعالى عليه هو جائز لانه كان مباحا فيبقى الى ان يظهر ناسخه

قوله الا ان عليه ان يستبريها صيانة لمائه اي الاستبراء على المولى بطريق الاستحباب دون الحتم الخلاف في استبراء الزوج فيما اذا لم يستبر المولى اما اذا استبرأ المولى ثم زوجها فانه يجوز الوطئ قبل الاستبراء بالاتفاق وذكر الامام المحبوبي من المشايخ من قال لاخلاف بينهم في الحاصل فان ابا حنيفة رحمه الله قال للزوج ان يطأ بغير استبراء ولم يقل لا يستحب ومحمد رحمه الله ايضا لم يقل هو واجب ولكنه قال لا احب ان يطأها وعند زفر رحمه الله لا يجوز للرجل ان يتزوجها حتى تحيض ثلث حيض بناء على اصله انه لا يجوز نكاح الزانية بعد الزنا الا بعد ان تحيض ثلث حيض لان العدة تجب عنده حلالا كان اوحراما قال الفقيه ابو الليث رحمه الله وقول محمد رحمه الله اقرب الى الاحتياط **قوله** ونكاح المتعة والنكاح الموقت باطل نكاح المتعة ان يكون بلفظ التمتع مثل ان يقول خذي هذه العشرة لا تمتع بك اياما او متعيني نفسك اياما او عشرة ايام اولم يقل اياما والنكاح الموقت ان يتزوج امرأة عند الشهود عشرة ايام وفرق مابينهما ان يكون بذكر لفظ التزوج والنكاح في الموقت ولفظ المتعة في نكاح المتعة

قلنا ثبت النسخ باجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم وابن عباس رضي الله عنهما صح رجوعه الى قولهم فتقرر الاجماع والنكاح الموقت باطل مثل ان يتزوج امرأة بشهادة شاهدين عشرة ايام وقال زفر رح هو صحيح لازم لان النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة

ثم في نكاح المتعة خلاف مالك رحمه الله فانه يجوز عنده وهو الظاهر من قول ابن عباس رضي الله عنه واستدل بقوله تعالى فما استمتعتم به منهن فأتوهن اجورهن ولانا اتفقنا انه كان مباحا فان النبي عليه السلام احل المتعة ثلثة ايام من الدهر في غزاة غزاها اشتد على الناس فيها العزوبة والحكم الثابت يبقى حتى يظهر ناسخه ولكنا نقول قد ثبت نسخ هذه الاباحة بالآثار المشهورة من ذلك ما روى محمد بن الحنيفة عن علي بن ابي طالب رضي الله عنهم ان منادي رسول الله عليه السلام نادى يوم خيبر الا ان الله ورسوله ينهيكم عن المتعة ومنه حديث الربيع رضي الله عنه قال احل رسول الله عليه السلام المتعة عام الفتح فجئت مع عمي الى باب امرأة ومع كل واحد منا بردة وكانت بردة عمي احسن من بردتي فخرجت امرأة كانها دمية عيطاء فجعلت تنظر الى شبابي وبردته وقالت هلا بردته كبردته اوشباب هذا كشباب هذا ثم اثرت شبابي على بردته فبت عندها فلما اصبحت اذا منادي رسول الله عليه السلام ينادي ان الله ورسوله ينهيكم عن المتعة فانتهى الناس عنها ثم الاباحة المطلقة لم تثبت فى المتعة قط انما تثبت الاباحة الموقتة بثلثة ايام فلا يبقى ذلك بعد مضيها حتى تحتاج الى دليل النسخ وقال جابر بن زيد ماخرج ابن عباس رضي الله عنه من الدنيا حتى رجع عن قوله فى الصرف والمتعة والمراد بقوله تعالى فما استمتعتم به منهن الزوجات فانه بناء على قوله ان تبتغوا باموالكم محصنين والمحصن الناكح كذا فى المبسوط

قوله قلنا ثبت النسخ باجماع الصحابة اي ظهر ثبوت النسخ يعني ان الصحابة رض اجمعوا على

ولنا انه اتى بمعنى المتعة والعبرة فى العقود للمعاني ولا فرق بين ما اذا طالت مدة التاقيت او قصرت لان التاقيت هو المعين لجهة المتعة وقد وجد ومن تزوج امرأتين في عقدة احدىهما لايحل له نكاحها صح نكاح التي حل نكاحها وبطل نكاح الاخرى لان المبطل في احدىهما بخلاف ما اذا جمع بين حر وعبد فى البيع لانه يبطل بالشروط الفاسدة وقبول العقد فى الحر شرط فيه ثم جميع المسمى للتي حل نكاحها عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يقسم على مهر مثليهما وهي مسئلة الاصل ومن ادعت عليه امرأة انه تزوجها واقامت بينة فجعلها القاضي امرأته ولم يكن تزوجها

ان نكاح المتعة قد انتسخ وقت النبي عليه السلام لان الاجماع لا يصلح ناسخا في المذهب الصحيح **قوله** ولنا انه اتى بمعنى المتعة وهو انه اتى بالنكاح لفظا و المتعة معنى لان النكاح ينعقد للازدواج وطلب الولد والمتعة للاستمتاع لاغير والنكاح الى عشرة ايام ينعقد للاستمتاع لاغير والعبرة فى العقود للمعاني ولهذا كانت الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط عدم البراءة كفالة والوصاية في حيوة الموصي وكالة والوكالة بعد وفات الموصي وصاية والهبة بشرط العوض بيع حتى تثبت به الشفعة وترد بالعيب ولا يلزم على هذا ما اذا شرط الطلاق بعد شهر فانه يجوز النكاح ويبطل الشرط لان هذا الشرط لم يصر في معنى المتعة لان الطلاق قاطع للنكاح فاشتراط الطلاق القاطع بعد شهر لينقطع به النكاح دليل على انها عقد النكاح مؤبدا **قوله** ولا فرق بين ما اذا طالت مدة التأقيت او قصرت لان المعين لجهة المتعة التاقيت وهو موجود وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله انهما اذا ذكرا من الوقت ما يعلم انهما لايعيشان الى ذلك الوقت غالبا كمائة سنة او اكثر صح لانه تابيد معنى كما لو تزوجها الى موتها او موته **قوله** ثم جميع المسمى للتي حل عند ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه وعندهما يقسم المسمى على مهر مثلهما فما اصاب

وسعها المقام معه وان تدعه يجامعها وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وهو قول ابي يوسف رحمه الله اولا وفي قوله الآخر وهو قول محمد رحمه الله لا يسعه ان يطأها وهو قول الشافعي رحمه الله لان القاضي اخطأ الحجة اذ الشهود كذبة فصار كما اذا ظهر انهم عبيد او كفار ولابي حنيفة ان الشهود صدقة عنده وهو الحجة لتعذر الوقوف على حقيقة الصدق بخلاف الكفر والرق لان الوقوف عليهما متيسر واذا ابتنى القضاء على الحجة وامكن تنفيذه باطنا بتقديم النكاح نفذ قطعا للمنازعة

التي صح نكاحها يجب لان الزوج جعل المسمى مقابلا ببضعيهما لا ببضع احدهما فلا يجعل بمقابلة احدهما ولان الانقسام من حكم صحة المقابلة ولا تتحقق المقابلة في حق من ليست بمقابلة لهذا الحكم فلغت الاضافة اليه فصار التكلم به وعدمه بمنزلة ولو لم يتكلم بكلمة المقابلة الا مضافا الى احدهما لكان الحكم هكذا كذا هنا وصار هذا وقوله تزوجت هذا الجدار وهذه المرأة بالف سواء وهناك لا يقسم كذا هنا.

قوله وسعها المقام معه وكذلك اذا ادعت المرأة الطلقات الثلث على زوجها واقامت البينة ولم يكن طلقها فقضى القاضي بذلك فتزوجت بزوج آخر حل للزوج الثاني ان يطأها عند ابي حنيفة رحمه الله وعند محمد رحمة الله تعالى عليه لا يحل للثاني ولا للاول وكذلك في دعوى العتق والنسب واجمعوا ان قضاء القاضي في الاملاك المرسلة وفي الميراث ينفذ ظاهرا لا باطنا واما في الهبة والصدقة فعن ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه روايتان والحاصل ان في المسئلة اربعة اقاويل ابو حنيفة رحمه الله يقول يحل للثاني وطئها دون الاول وابو يوسف ومحمد رحمهما الله يقولان لا يحل وطئها للاول للتهمة ولا للثاني للحرمة والشافعي رحمة الله تعالى عليه يقول يطأها الاول سرا والثاني علانية وذكر شمس الائمة

بخلاف الأملاك المرسلة لان في الاسباب تزاحما فلا امكان والله تعالى اعلم بالصواب •

السرخسي رحمة الله تعالى عليه ان على قول محمد رحمة الله تعالى عليه يحل للاول وطئها قبل دخول الثاني واذا دخل لا يحل الوطئ للاول لوجوب العدة عليها من الثاني كالمنكوحة اذا وطئت بشبهة •

قوله بخلاف الاملاك المرسلة اي المطلقة عن اثبات سبب الملك بان ادعى ملكا مطلقا في الجارية والطعام من غير تعيين شرى اوارث حيث ينفذ القضاء ظاهرا لا باطنا بالاتفاق حتى لا يحل للمقضي له وطئها ثم انما لا يثبت الملك هنا كللمقضي له لانه لا يتوجه على القاضي القضاء بالملك لان التكليف بحسب الوسع وليس في وسعه اثبات الملك لانسان بغير سبب وفي اسباب الملك كثرة لا يمكن تعيين شيء منها بدون الحجة فعرفنا انه غير مخاطب بالقضاء بالملك وانما يصير مخاطبا باليد وذلك نافذ منه واما ههنا توجه عليه القضاء بالنكاح لان طريقه متعين توضيحه ان القاضي لا يقول هنالك للمدعي ملكتك هذا المال بل تقصر يد المدعى عليه من المال وههنا يقول قضيت بالنكاح بينكما وجعلتها زوجة لك ثم قيل تشترط حضرة الشهود وقت الحكم لينفذ باطنا وقيل لا تشترط ثم فيما ذهب اليه ابو يوسف ومحمد رحمهما الله من قضاء القاضي بالطلقات الثلث بشهادة الزور تعطيل الفرج لانها لا يحل للاول ولا للثاني فلا يتمكن من التزوج بزوج آخر وفيه ضرر عليها وفيما قاله الشافعي رحمه الله اجتماع الرجلين على امرأة واحدة في طهر واحد وهو قبيح فعرفنا ان الاوجه ماذهب اليه ابو حنيفة رحمه الله كذا ذكره الامام المحبوبي رحمة الله تعالى عليه والله اعلم بالصواب •

باب الاولياء والاكفاء

وينعقد نكاح الحرة العاقلة البالغة برضانها وان لم يعقد عليها ولي بكرا كانت اوثيبا عندابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رحمه الله انه لاينعقد الا بولي وعند محمد ينعقد موقوفا وقال مالك والشافعي رحمهما الله لا ينعقد النكاح بعبارة النساء اصلا لان النكاح يراد لمقاصده والتفويض اليهن مخل بها الاان محمدا رحمه الله يقول يرتفع الخلل باجازة الولي ووجه الجواز انها تصرفت في خالص حقها وهي من اهله لكونها عاقلة مميزة ولهذا كان لها التصرف في المال ولها اختيار الازواج

باب الاولياء والاكفاء

قوله وينعقد نكاح الحرة العاقلة البالغة برضانها وان لم يعقد عليها ولي بكرا كانت اوثيبا عندابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله في ظاهر الرواية لقوله عليه السلام الايم احق بنفسها من وليها والايم اسم لامرأة لا زوج لها بكرا كانت او ثيبا عند اهل اللغة وقال مالك والشافعي رحمهما الله لاينعقد بعبارتها اصلا سواء زوجت نفسها اوبنتها اوامتها او توكلت بالنكاح لحديث ابي هريرة رضي الله عنه انه قال عليه السلام لا تنكح المرأة المرأة ولا المرأة نفسها انما الزانية هي تنكح نفسها واما من شرط الولي فاستدل بقوله تعالى ولا تعضلوهن ان ينكحن ازواجهن وقال الشافعي رحمه الله وهذه الاية ابين آية في كتاب الله تعالى تدل على ان النكاح لايجوز بغير ولي لانه نهي الولي عن المنع وانما يتحقق المنع منه اذا كان الممنوع في يده وفي حديث عائشة رضي الله عنها ان النبي عليه السلام قال ايما امرأة نكحت بغير اذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل فان دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها لاوكس ولا شطط فان ابى الولي فالسلطان ولي من لا ولي له وقال عليه السلام لا نكاح الا بولي

وانما يطالب الولي بالتزويج كيلا تنسب الى الوقاحة ثم في ظاهر الرواية لافرق بين الكفو وغير الكفو .

واما من جوز النكاح بغير ولي فاستدل بقوله تعالى فلا جناح عليهن فيما فعلن في انفسهن وقوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره وقوله تعالى ان ينكحن ازواجهن اضاف العقد اليهن في هذه الآيات فدل انها تملك المباشرة والمراد بالعضل المنع حبسا بان يحبسها في بيت ويمنعها من التزوج اوهذا خطاب للازواج فانه قال في اول الآية اذا طلقتم النساء وبه نقول ان من طلق امرأته وانقضت عدتها فليس له ان يمنعها من التزوج بزوج آخر واما حديث عائشة رضي الله عنها فلا نعمل به لان عائشة رضي الله عنها هي التي روت وقد زوجت بنت اخيها عبد الرحمن وهو غائب وعمل الراوي بخلاف ما روي يبطل الرواية لما عرف في اصول الفقه ومداره على الزهري وقد انكره على انه مخالف للنص فيرد لان الله تعالى اضاف العقد اليهن في غير موضع ولا متمسك له بقوله عليه السلام لا نكاح الا بولي لان هذا نكاح بولي لانها صارت ولية بنفسها بعد البلوغ عن عقل كالرجل على انه محمول على امة زوجت نفسها بغير اذن مولاها وصغيرة ومجنونة او على نفي الكمال توفيقا بين الحديثين .

قوله وانما يطالب الولي بالتزويج جواب اشكال يرد على قولهما انها تصرفت في خالص حقها بان يقال لما كان النكاح حقها فلم امر الولي بالتزويج **قوله** ثم في ظاهر الرواية عن ابي حنيفة رحمة الله عليه وهو قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله آخرا امرأة لو زوجت نفسها من غير كفو يصح حتى يثبت حكم الطلاق والايلاء والظهار والتوارث وغير ذلك قبل التفريق ولكن للاولياء حق الاعتراض وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله ان النكاح لا ينعقد وبه اخذ كثير من مشائخنا وقال شمس الائمة

لكن للولي الاعتراض في غير الكفو وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله انه لا يجوز في غير الكفو لانه كم من واقع لا يرفع ويروى رجوع محمد الى قولهما ولا يجوز للولي اجبار البكر البالغة على النكاح خلافا للشافعي رحمه الله له الاعتبار بالصغيرة وهذا لانها جاهلة بامر النكاح لعدم التجربة ولهذا يقبض الاب صداقها بغير امرها ولنا انها حرة مخاطبة فلا يكون للغير عليه ولاية الاجبار والولاية على الصغيرة لقصور عقلها وقد كمل بالبلوغ بدليل توجه الخطاب فصار كالغلام وكالتصرف في المال وانما يملك الاب قبض الصداق برضاها دلالة ولهذا لا يملك مع نهيها•

السرخسي رحمه الله هذا اقرب الى الاحتياط فليس كل ولي يحسن المرافعة الى القاضي ولا كل قاض يعدل فكان الاحوط سد باب التزويج من غير كفو عليها وقال القاضي الامام فخر الدين رحمه الله تعالى الفتوى على قول الحسن في زماننا قوله في تعليل الشافعي رحمه الله لان النكاح يراد لمقاصده والتفويض اليهن مخل بها هذا التعليل لا يلايم اذ يقتضي هذا ان لا يفوض اليهن ولا يقتضي ان لا ينعقد بعبارتهن اذ لا خلل في المقاصد بمباشرة العقد عند اختيار الولي الزوج والصحيح ان يقال لانها ليست باهل لمباشرة النكاح فلا ينعقد بعبارتها كالصغيرة وهذا لان الاهل من يقدر على تحصيل النكاح لمقاصده وهي معان يستند على التوافق بينهما عادة ولا يوقف عليها الا بالعقل الكامل وعقلها ناقص بالحديث فلو فوض اليهن تختل المقاصد لانهن سريعات الاغترار سيآت الاختيار الا ان محمدا رحمه الله يقول الضرر الموهوم ينتفي باجازته ولا خلل في نفس العقد فيصح•

قوله لكن للولي حق الاعتراض في غير الكفو اي للولي حق الفسخ اذا تزوجت غير كفو ما لم تلد من الزوج اما اذا ولدت منه فليس للاولياء حق الفسخ كيلا يضيع الولد وذكر العلامة الاسغناقي رحمه الله تعالى في النهاية ولكن

قال واذا استأذنها الولي فسكتت اوضحكت فهو اذن لقوله صلى الله عليه وسلم البكر تستأمر في نفسها فان سكتت فقد رضيت ولان جهة الرضاء فيه راجحة لانها تستحيي عن اظهار الرغبة لا عن الرد والضحك ادل على الرضاء من السكوت بخلاف ما اذا بكت لانه دليل السخط والكراهة وقيل اذا ضحكت كالمستهزية بما سمعت لا يكون رضا واذا بكت بلا صوت لم يكن رداه

قال وان فعل هذا غير الولي يعني استأمر غير الولي او ولي غيره اولى منه لم يكن رضا حتى تتكلم به لان هذا السكوت لقلة الالتفات الى كلامه فلم يقع دلالة على الرضا ولو وقع فهو محتمل والاكتفاء بمثله للحاجة ولا حاجة في حق غير الاولياء بخلاف ما اذا كان المستأمر رسول الولي لانه قائم مقامه

ذكر في مبسوط شيخ الاسلام رحمه الله تعالى واذا زوجت المرأة نفسها من غير كفو فعلم الولي بذلك فسكت حتى ولدت اولادا ثم بدا له ان يخاصم في ذلك فله ان يفرق بينهما لان السكوت انما جعل رضا في حق النكاح في حق البكر نصا بخلاف القياس ثم قال كذا كان مكتوبا بخط شيخي ٥

قوله واذا بكت بلا صوت لا يكون ردا لانها تحزن على مفارقة بيت ابويها وانما يكون ذلك عند الاجازة وقيل ان كان دمعها باردا فرضا وان كان حارا فلا وان كان عذبا فرضا وان كان مالحا فلا وان استأمرها في نكاح رجل فابت ثم زوجها فسكتت فهو رضا خلافا لابن مقاتل لتصريح سخطها قلنا قد ترضى في الثاني بما ابته حالا وان استأمرها في نكاح رجل فقالت غيره احب الي منه فليس باذن وان زوجها رجلا ثم اخبرها به فقالت كان غيره احب الي منه فنا جازة **قوله** وان فعل هذا اي استأمر غير الولي او ولي غيره اولى منه لم يكن رضا حتى يتكلم وقال الكرخي رحمه الله هذا رضا لان حياءها منه اشد

تعتبر فی الاستيمار تسمية الزوج على وجه تقع به المعرفة لتظهر رغبتها فيه من رغبتها عنه ولا تشترط تسمية المهر هو الصحيح لان النكاح صحيح بدونه ولو زوجها فبلغها الخبر فسكتت فهو رضا على ماذكرنا لان وجه الدلالة فی السكوت لا يختلف ثم المخبر ان كان فضوليا يشترط فيه العدد او العدالة عند ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه خلافا لهما ولو كان رسولا لا يشترط اجماعا

قوله وتعتبر فی الاستيمار تسمية الزوج على وجه تقع به المعرفة حتى لو قال ازوجك احد جيراني او بني عمي لم يكن سكوتها رضى لان الرضاء بالمجهول لا يتصور ولا تشترط تسمية المهر هو الصحيح وقيل لا بد من تسمية المهر والصحيح ان المزوج ان كان ابا او جدا فذكر الزوج يكفي لانه لا ينقص عن المهر الا لغرض فوقه وان كان غيرهما فلا بد من تسمية المهر وقيل او عد جماعة فسكتت زوجها من احدهم وكذا ان ذكر بني فلان وهم يحصون والا لم يجز قال الامام التمرتاشي رحمه الله ولم اعثر على حد الاحصاء هنا وقد ذكر فی الوصية لبني فلان عن محمد رحمه الله مازاد على العشرة لا يحصون وعنه مازاد على مائة وقيل ثمانون وقيل اربعون وقيل ذلك مفوض الى رأي القاضي فالذكر ثمه يكون ذكرا هنا وقيل ان قال زوجتك رجلا جاز بسكوتها وفي ازوجك لم يجز حتى يسميه والصحيح ان الاخبار كذا **قوله** ولو زوجها فبلغها الخبر فسكتت فهو على ما ذكرنا اي السكوت رضا بشرط تسمية الزوج على وجه تقع به المعرفة وقال محمد بن مقاتل ان استأمرها قبل العقد فسكتت فهو رضا فاما اذا بلغها العقد فسكتت لا يكون رضا لانه ثبت بخلاف القياس قبل العقد بالنص وهذا ليس في معناه لان السكوت عند الاستيمار لا يكون ملزما وحين بلغها العقد يكون ملزما قلنا هذا في معناه لانه انما جعل رضا هناك بعلة الحياء وهو موجود هنا

وله نظائر ولو استاذن الثيب فلابد من رضاها بالقول لقوله صلى الله عليه وسلم الثيب تشاور ولان النطق لا يعد عيبا منها وقل الحياء بالممارسة فلا مانع من النطق في حقها فان زالت بكارتها بوثبة او طفرة اوحيضة اوجراحة او تعنيس فهي في حكم الابكار لانها بكر حقيقة لان مصيبها اول مصيب لها ومنه الباكورة والبكرة ولانها تستحيي لعدم الممارسة

قوله وله نظائر كعزل الوكيل وحجر المأذون واخبار المولى بجناية العبد واخبار الشفيع ووقوع العلم بفسخ الشركة والمضاربة ووجوب الشرائع على المسلم الذي لم يهاجر **قوله** الثيب تشاور المشاورة من باب المفاعلة فيقتضي وجود الفعل من الطرفين وقد وجد النطق من الولي فينبغي ان يوجد منها والدليل عليه رواية اخرى الثيب يعرب عنها لسانها فدل على ان النطق شرط الوثبة هي الوثوب من فوق والطفرة الى فوق **قوله** فان زالت بكارتها بوثبة الى قوله فهي في حكم الابكار وفيه خلاف الشافعي رحمه الله هو يقول ان البكر اسم لامرأة عذرتها قائمة والثيب من زالت عذرتها وهذه زالت عذرتها فتكون ثيبا فان قيل لو اشترى امة بشرط انها بكر له ردها لو وجدها بغير هذه الصفة قلنا قد قيل لا يكون له ولاية الرد اذا اقر المشتري ان عذرتها زالت بالوثبة لانها بكر لكنها ليست بعذراء اذ المعتاد بين الناس انهم يريدون باشتراط البكارة في المشتري صفة العذرة والحكم هنا تعلق بالحياء وبصفة البكارة وهما قائمتان الثيب مشتق من ثاب اي رجع ومنه المثوبة لانها جزاء عمله يعود اليه والمثابة لانها مرجع الناس والتثويب لانه عود الى الاعلام بعد الاعلام .

ولو زالت بكارتها بزنا فهي كذلك عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله لا يكتفى بسكوتها لانها ثيب حقيقة لان مصيبها عائد اليها ومنه المثوبة والتثويب والمثابة ولابي حنيفة رح ان الناس عرفوها بكرا فيعيبونها بالنطق فتمتنع عنه فيكتفى بسكوتها كيلا تتعطل عليها مصالحها بخلاف ما اذا وطئت بشبهة او نكاح فاسد لان الشرع اظهره حيث علق به احكاما اما الزنا فقد ندب الى ستره حتى لو اشتهر حالها لا يكتفى بسكوتها واذا قال الزوج بلغك النكاح فسكت وقالت رددت فالقول قولها وقال زفر رح القول قوله لان السكوت اصل والرد عارض فصار كالمشروط له الخيار اذا ادعى الرد بعد مضي المدة ونحن نقول انه يدعي لزوم العقد وتملك البضع والمرأة تدفعه

قوله ولو زالت بكارتها بزنا فكذلك عند ابي حنيفة رحمه الله بعلة الحياء فان قيل هذا التعليل في معرض النص وهو قوله عليه السلام الثيب تشاور وانها ثيب حقيقة ولهذا لو اوصى لثيب بني فلان تدخل الزانية فكذا تجب قوله عليه السلام الثيب تشاور قلنا علة الحياء منصوصة عليها فان عائشة رضي الله عنها قالت ان البكر تستحيي يا رسول الله فقال عليه السلام اذنها صماتها والكلام اذا خرج مخرج الجواب يتضمن اعادة ما في السؤال فصار كانه عليه السلام قال اذنها صماتها لانها تستحيي والحياء هنا قائم لانها ابتليت مرة بالزنا لفرط الشبق اوللاكراه فلا يزول حياؤها بل يزداد لان في الاستنطاق ظهور فاحشة وهي تستحيي من ذلك غاية الحياء وقوله عليه السلام الثيب تشاور خص منه الامة والمجنونة والعمل بالعلة المنصوصة التي لم تخص اولى من العمل بذلك النص المخصوص فان قيل حياء البكر حياء كرم الطبيعة وهو محمود وهذا حياء من ظهور الفاحشة فلم يكن في معنى المنصوص عليه قلنا هذا الحياء ممدوح ايضا لانها تستتر على نفسها وقد امرت بذلك قال عليه السلام من اصاب من هذه القاذورات شيئا فليستتر بستر الله والحياء من ظهور المعصية من كرم الطبيعة وحسن

فكانت منكرة كالمودع اذا ادعى رد الوديعة بخلاف مسئلة الخيار لان اللزوم قد ظهر بمضي المدة وان اقام الزوج البينة على سكوتها ثبت النكاح لانه نور دعواه بالحجة وان لم تكن له بينة فلا يمين عليها عند ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه وهي مسئلة الاستحلاف في الاشياء الستة وسيأتيك في الدعوى ان شاء الله تعالى

العقيدة ايضا ولما سقط نطقها في موضع كان نطقها دليل رغبتها في الرجال على احسن الوجوه فلان يسقط نطقها في موضع يكون نطقها دليل رغبتها في الرجال على افحش الوجوه اولى بخلاف ما اذا وطئت بشبهة اونكاح فاسد لان الشرع اظهر ذلك الفعل عليها حين الزمها العدة والمهر واثبت النسب وهنا الشرع ما اظهر عليها اذ لم يتعلق به شيئا من الاحكام وامرها بالستر على نفسها فان اخرجت واقيم عليها الحد فالصحيح ان لا يكتفى بسكوتها وكذا اذا صار الزنا عادة لها وقيل يكتفى بسكوتها في هذين الفصلين لانها بكر شرعا الا ترى انها تدخل تحت قوله ع م البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام ولكن هذا ضعيف فان هذا موجود في الموطوءة بشبهة ونكاح فاسد ولا يكتفى بسكوتها فعلم ان المعتبر بقاء صفة الحياء *
قوله فكانت منكرة وهذا لما عرف ان الدعوى اذا اخلت عن البينة يعتبر فيها المعني دون الصورة نفي حق هذه الشهادة تعتبر الصورة لان الشهود لا يعرفون الا الظاهر وفي حق اليمين يعتبر المعنى لانهما يعرفان حقيقة الحال والمرأة هنا مدعية صورة منكرة معنى كالمودع في دعوى رد الوديعة مدع صورة منكر معنى ثم في الوديعة القول قول المودع في دعوى رد الوديعة فكذا هنا القول قولها في دعوى رد النكاح اذ العبرة للمعنى لا للصورة في الفصلين وهذا بخلاف مسئلة الخيار لان لزوم البيع قد تحقق بمضي المدة قبل اظهار الرد وبعد لزوم البيع لا يمكنه الرد **قوله** وان اقام الزوج البينة على سكوتها ثبت النكاح فان قيل هذه شهادة قامت على النفي لان السكوت

ويجوز نكاح الصغير والصغيرة اذا زوجهما الولي بكرا كانت الصغيرة اوثيبا والولي هو العصبة ومالك رحمه الله يخالفنا في غير الاب والشافعي رحمه الله في غير الاب والجد وفي الثيب الصغيرة ايضا وجه قول مالك ان الولاية على الحرة باعتبار الحاجة ولا حاجة لانعدام الشهوة الا ان ولاية الاب ثبتت نصا بخلاف القياس والجد ليس في معناه فلا يلحق به قلنا لا بل هو موافق للقياس لان النكاح يتضمن المصالح ولا تتوفر الا بين المتكافئين عادة ولا يتفق الكفو في كل زمان فاثبتنا الولاية في حالة الصغر احرازا للكفو وجه قول الشافعي رحمه الله تعالى ان النظر لا يتم بالتفويض الى غير الاب والجد لقصور شفقته وبعد قرابته ولهذا لا يملك التصرف في المال مع انه ادنى رتبة فلان لا يملك التصرف في النفس وانه اعلى اولى ولنا ان القرابة داعية الى النظر كما في الاب والجد وما فيه من القصور اظهرناه في سلب ولاية الالزام

عبارة عن عدم الكلام والشهادة على النفي غير مقبولة قلنا لا نسلم هذه الدعوى مطلقا فان الشهادة على النفي مقبولة فيما اذا كان علم الشاهد محيطا به كما اذا ادعى الزوج انه قال قول النصارى فيما اذا ادعت المرأة انه قال عزير بن الله ثم ادعت المرأة انه لم يقل قول النصارى واقامت على ذلك بينة حيث يقبل ويفرق بينهما لما انه لو كان قاله يسمعه الشهود فكذلك ههنا اونقول بل السكوت امر وجودي وهو ضم الشفتين فيلزم منه عدم الكلام فكان السكوت من لوازمه فحينئذ لا تكون الشهادة على النفي وذكر الامام التمرتاشي رح فان اقاما البينة فبينتها اولى لانها تثبت الرد وهو يثبت عدما وهو السكوت لا جرم لو اقامها على انها اجازت او رضيت حين علمت حتى استويا في الاثبات ترجحت بينته لاثباته *

قوله ويجوز نكاح الصغير والصغيرة اذا زوجهما الولي وقال ابن شبرمة وابو بكر الاصم انه لا يزوج الصغير والصغيرة احد حتى يبلغا **قوله** وفي الثيب الصغيرة ايضا

بخلاف التصرف فى المال لانه يتكرر فلا يمكن تدارك الخلل فلا نفيد الولاية الاملزمة ومع القصور لا تثبت ولاية الالزام وجه قوله فى المسئلة الثانية ان الثيابة سبب لحدوث الرأي لوجود الممارسة فادرنا الحكم عليها تيسيرا ولنا ما ذكرنا من تحقق الحاجة ووفور الشفقة ولا ممارسة تحدث الرأي بدون الشهوة فيدار الحكم على الصغر ثم الذي يؤيد كلامنا فيما تقدم قوله صلى الله عليه وسلم النكاح الى العصبات من غير فصل والترتيب فى العصبات في ولاية النكاح كالترتيب فى الارث والابعد محجوب بالاقرب فان زوجهما الاب او الجد يعني الصغير والصغيرة فلا خيار لهما بعد بلوغهما لانهما كاملا الرأي وافرا الشفقة فيلزم العقد بمباشرتهما كما اذا باشراه برضاهما بعد البلوغ وان زوجهما غير الاب والجد فلكل واحد منهما الخيار اذا بلغ ان شاء اقام على النكاح وان شاء فسخ وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمه الله وقال ابويوسف رحمه الله لا خيار لهما اعتبارا بالاب والجد

اي ويخالفنا الشافعي رحمه الله في اجبار الثيب الصغيرة للاب والجد ايضا .

قوله بخلاف التصرف فى المال لانه يتكرر فلا يمكن تدارك الخلل اي بتداول الايدي بان باع الولي من ماله شيئا ثم باع المشتري من آخر او غاب المشتري وقد يتعذر الظفر بمن عاقده الولي لغيبته او لخموله او لموته او لنسيانه فلا يمكن تدارك الخلل الواقع من قصور الشفقة فلم يمكن ان تثبت ولاية التصرف فى المال لغير الاب والجد الاملزمه ولا تثبت ولاية الالزام مع قصور الولاية فسلبنا الولاية عنه اصلا اما النكاح فانه يقع مرة ولا يتكرر فلو وقع فيه خلل يمكن تداركه بالاعتراض بعد البلوغ. **قوله** وجه قوله فى المسئلة الثانية اي فى الثيب الصغيرة **قوله** فادرنا الحكم عليها اي على الثيابة **قوله** ثم الذي يؤيد كلامنا فيما تقدم وهو قوله ويجوز نكاح الصغير والصغيرة اذا زوجهما الولي **قوله** من غير فصل اي بين البكر والثيب

ولهما ان قرابة الاخ ناقصة والنقصان يشعر بقصور الشفقة فيتطرق الخلل الى المقاصد عسى والتدارك ممكن بخيار الادراك واطلاق الجواب في غير الاب والجد يتناول الام والقاضي وهو الصحيح من الرواية لقصور الرأي في احدهما نقصان الشفقة فى الآخر فيتخير •

قوله ولهما ان قرابة الاخ ناقصة وانما خص الاخ لانه اقرب الاولياء بعد الاب والجد فاذا ثبت الحكم فيه يثبت فيما دونه بالطريق الاولى **قوله** واطلاق الجواب في غير الاب والجد وهو قوله وان زوجهما غير الاب والجد فلكل واحد منهما الخيار اذا بلغ **قوله** وهو الصحيح احترازعما روى خالد بن صبيح المروزي عن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يثبت الخيار فيما اذا زوج القاضي اليتيم واليتيمة ووجهه ان للقاضي ولاية تامة تثبت فى المال والنفس جميعا فيكون ولايته فى القوة كولاية الاب ووجه ظاهر الرواية ان ولاية القاضي متأخرة عن ولاية الاخ والعم فاذا ثبت لهما الخيار في تزويج الاخ والعم ففي تزويج القاضي اولى وكذلك الام اذا زوجت الصغير والصغيرة جاز عند ابي حنيفة رحمه الله وفي اثبات الخيار لهما اذا ادركا عنه روايتان في احدى الروايتين لا يثبت لان شفقتها وافرة كشفقة الاب او اكثر والاصح انه يثبت لهما الخيار لان لها قصور الرأي مع وفور الشفقة ولهذا لا تثبت ولايتها فى المال وتمام النظر بوفور الرأي والشفقة كذا فى المبسوط وقصور الرأي فى الام ونقصان الشفقة فى القاضي • •

ويشترط فيه القضاء بخلاف خيار العتق لان الفسخ هنا لدفع ضرر خفي وهو تمكن الخلل ولهذا يشمل الذكر والانثى فجعل الزاما في حق الآخر فيفتقر الى القضاء وخيار العتق لدفع ضرر جلي وهو زيادة الملك عليها ولهذا يختص بالانثى فاعتبر دفعا والدفع لا يفتقر الى القضاء

قوله ويشترط فيه القضاء لان سبب تمكن الخلل لقصور في الرأي والشفقة ولا يوقف على حقيقته اولانه مختلف فيه منهم من ابى ومنهم من رأى فيتوقف على القضاء كالرجوع فى الهبة بخلاف خيار العتق لان سببه مقطوع به وهو زيادة ملك الزوج عليها ولهذا يختص بالانثى لان زيادة الملك في العتق يتصور في الامة دون العبد الاترى انه كان يملك مراجعتها فكان لها ان تدفع الزيادة لان ولاية المولى لم تكن ثابتة في هذه الزيادة وصار العقد في هذه الزيادة كانه وجد الآن فكان الاختيار فيها دفعا للحكم عن الثبوت لا رفعا له بعد الثبوت والدفع لا يفتقر الى القضاء لان الدفع امر يستقل به الدافع لان لكل واحد ولاية دفع الضرر عن نفسه كالرد بالعيب قبل القبض فانه يتم بالخصم بدون الحكم ولانها تنفرد بدفع اصل الملك بعد الحرية حتى لا يجوز النكاح بلا رضاها فكذا تنفرد بالزيادة الا انها لا تملك دفع الزيادة الا برفع ما كان ثابتا وهو اصل الملك فملكت رفع ما كان ثابتا ضمنا لدفع الزيادة لا قصدا ولا يقال ان المرأة ان كانت دافعة للزيادة فهي مبطلة حق الزوج عما كان ثابتا والزوج يستبقي ملكه الثابت ثم تثبت الزيادة ضمنا له فلما ذا ترجح جانبها لان الزوج وان تضرر بابطال ما كان ثابتا له الا ان اعتبار جانبها اولى لانها تبطل حقا مشتركا بينها وبينه وهنا حكم العقد قد ثبت على الكمال ولم يزدد الملك بالبلوغ ولكنا احتجنا الى الفسخ لتوهم ترك النظر من الولي لقصور شفقته وذا خفي موهوم اذ لو كان ظاهرا لما نفذ لان الولاية

ثم عند هما اذا بلغت الصغيرة وقد علمت بالنكاح فسكتت فهو رضا وان لم تعلم بالنكاح فلها الخيار حتى تعلم فتسكت شرط العلم باصل النكاح لانها لا تتمكن من التصرف الابه والولي ينفرد به فعذرت بالجهل ولم يشترط العلم بالخيار لانها تتفرغ لمعرفة احكام الشرع والدار دار العلم فلم تعذر بالجهل بخلاف المعتقة لان الامة لا تتفرغ لمعرفتها نعذرت بالجهل بثبوت الخيار ثم خيار البكر يبطل بالسكوت ولا يبطل خيار الغلام مالم يقل رضيت او يجيء منه مايعلم انه رضا وكذلك الجارية اذا دخل بها الزوج قبل البلوغ اعتبار الهذه الحالة بحال ابتداء النكاح وخيار البلوغ في حق البكر لا يمتد الى آخر المجلس ولا يبطل بالقيام في حق الثيب والغلام لانه ماثبت باثبات الزوج بل لتوهم الخلل فانما يبطل بالرضا غيران سكوت البكر رضا بخلاف خيار العتق لانه ثبت باثبات المولى وهو الاعتاق فيعتبر فيه المجلس كما في خيار المخيرة ثم الفرقة بخيار البلوغ ليس بطلاق لانها تصح من الانثى ولا طلاق اليها وكذا بخيار العتق لما بينا بخلاف المخيرة لان الزوج هو الذي ملكها وهو مالك للطلاق

مقيدة بالنظر ولهذا يشمل الذكر والانثى لان تمكن الخلل يشملهما فجعل الزاما في حق الآخر لكونه رفعا لحكم ثابت فيتوقف على قضاء القاضي كالرد بالعيب بعد القبض ‌• **قوله** ثم عند هما اذا بلغت الصغيرة وقد علمت بالنكاح فسكتت فهو رضا اي اذا بلغت وهي بكر **قوله** او يجيء منه مايعلم انه رضا نحو سوق المهر والتقبيل والوطئ **قوله** بخلاف خيار العتق لانه يثبت باثبات المولى وهو الاعتاق فانه لا يبطل بالسكوت ويمتد الى آخر المجلس ويبطل بالقيام عن المجلس لانه ثبت باثبات المولى لانه حكم العتق وهو ثابت باثباته واليه اشار بقوله عم ملكت بضعك فاختاري **قوله** ثم الفرقة بخيار البلوغ ليس بطلاق وكذا بخيار العتق فان قيل النكاح لا يحتمل الفسخ قلنا نعم بعد التمام واللزوم

وان مات احدهما قبل البلوغ ورثه الاخر وكذا اذا مات بعد البلوغ قبل التفريق لان اصل العقد صحيح والملك الثابت به قد انتهى بالموت بخلاف مباشرة الفضولي اذا مات احد الزوجين قبل الاجازة لان النكاح ثمه موقوف فيبطل بالموت وههنا نافذ فتقرر به ۔

قال ولا ولاية لعبد ولا صغير ولا مجنون لانه لا ولاية لهم على انفسهم فاولى ان لا يثبت على غيرهم ولان هذه ولاية نظرية ولا نظر في التفويض الى هؤلاء ولا ولاية لكافر على مسلم ومسلمة لقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ولهذا لا تقبل شهادته عليه ولا يتوارثان اما الكافر فتثبت له ولاية الانكاح على ولده الكافر لقوله تعالى والذين كفروا بعضهم اولياء بعض ولهذا تقبل شهادته عليه ويجري بينهما التوارث

والفرقة في باب البلوغ تثبت حكما لقصور الولاية فيمنع لزوم النكاح فاحتمل الفسخ وفي العتق انما ثبت الخيار لرد الزيادة ولا ولاية للمولى فيها فسقط لزومها ايضا فكيف يكون طلاقا وهو مخصوص بالمرأة باثبات المولى ولا طلاق اليها بخلاف المخيرة لان الزوج ملكها وهو مالك للطلاق ولا مهر لها عليه في الفرقة بخيار البلوغ ان لم يدخل بها وان دخل بها وجب المسمى فيهما فان مات احدهما قبل البلوغ ورثه الآخر وكذا اذا مات بعد البلوغ قبل التفريق كما لو وجد الاعتراض بعدم الكفاءة فمات احدهما قبل قضاء القاضي ۔

قوله لقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا فان هذا يقتضي نفي السبيل من كل وجه لان النكرة في موضع النفي تعم لكن السبيل قد ثبت حقيقة فيراد به نفي السبيل حكما كقبول الشهادة والولاية والقضاء والوراثة

ولغير العصبات من الاقارب ولاية التزويج عند ابي حنيفه رحمه الله معناه عند عدم العصبات وهذا استحسان وقال محمد رحمه الله لا تثبت وهو القياس وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله وقول ابي يوسف في ذلك مضطرب والاشهر انه مع محمد لهما ما روينا ولان الولاية انما تثبت صونا للقرابة عن نسبة غير الكفو اليها والى العصبات الصيانة ولابي حنيفة رح ان الولاية نظرية والنظر يتحقق بالتفويض الى من هو المختص بالقرابة الباعثة على الشفقة ومن لا ولي لها يعني العصبة من جهة القرابة اذا زوجها مولاها الذي اعتقها جاز لانه آخر العصبات واذا عدم الاولياء

قوله لغير العصبات من الاقارب ولاية التزويج عند ابي حنيفة رحمه الله معناه عند عدم العصبات ثم بعد العصبات وان بعدت مولى العتاقة ثم العصبة لمولى العتاقة ثم الام ثم ذوالارحام الاقرب فالاقرب فان الاقرب عند ابي حنيفة رحمه الله بعد العصبات للام ثم بنت الابن ثم بنت البنت ثم بنت بنت الابن ثم بنت بنت البنت ثم الاخت لاب وام ثم الاخت لاب ثم الاخ والاخت لام ثم اولادهم ثم العمات والاخوال والخالات واولادهم على هذا الترتيب ثم مولى الموالاة ثم السلطان ثم القاضي ومن نصبه القاضي اذا شرط تزويج الصغار والصغائر في عهده واذا لم يشترط فلا ولاية له وفي فتاوى قاضيخان رح ثم القاضي انما يملك النكاح من يحتاج الى الولي اذا كان ذلك في عهده ومنشوره والا فلا **قوله** لهما ما روينا وهو قوله عليه الصلوة والسلام النكاح الى العصبات اللام للجنس فينبغي ان يكون الجميع مفوضا اليهم ولا يشترط اجتماعهم لانه مقابلة الجمع بالجمع فيقتضي انقسام الآحاد على الاحاد ولان اللام اذا دخل على الجمع بطل معنى الجمعية وصار كالفرد

فالولاية الى الامام والحاكم لقوله صلى الله عليه وسلم السلطان ولي من لا ولي له فاذا غاب الولي الاقرب غيبة منقطعة جاز لمن هو ابعد منه ان يزوج وقال زفر لا يجوز لان ولاية الاقرب قائمة لانها تثبت حقا له صيانة للقرابة فلا تبطل بغيبته ولهذا لو زوجها حيث هو جاز ولا ولاية للابعد مع ولايته ولنا ان هذه ولاية نظرية وليس من النظر التفويض الى من لا ينتفع برأيه ففوضناه الى الابعد وهو مقدم على السلطان كما اذا مات الاقرب ولو زوجها حيث هو فيه منع وبعد التسليم نقول للابعد بعد القرابة وقرب التدبير وللاقرب عكسه فنزلا منزلة وليين متساويين فايهما عقد نفذ ولا يرد والغيبة المنقطعة ان يكون في بلد لا تصل اليه القوافل في السنة الا مرة وهو اختيار القدوري وقيل ادنى مدة السفر لانه لا نهاية لاقصاه وهو اختيار بعض المتأخرين وقيل اذا كان بحال يفوت الكفو باستطلاع رأيه وهذا اقرب الى الفقه لانه لا نظر في ابقاء ولايته حينئذ واذا اجتمع في المجنونة ابوها وابنها فالولي في انكاحها ابنها في قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله ابوها لانه اوفر شفقة من الابن ولهما ان الابن هو المقدم في العصوبة وهذه الولاية مبنية عليها ولا معتبر بزيادة الشفقة كاب الام مع بعض العصبات والله اعلم ٭

قوله فالولاية الى الامام اي الخليفة **قوله** والحاكم اي القاضي **قوله** وقيل اذا كان بحال يفوت الكفو الخاطب باستطلاع رأيه وعن هذا ذكر الامام القاضيخان رحمه الله في الجامع الصغير حتى لو كان مختفيا في البلدة لا يوقف عليه يكون غيبة منقطعة **قوله** وقال محمد رحمه الله ابوها لان ولاية الاب تعم النفس والمال ولا يثبت للابن الولاية في المال كذا في المبسوط والله اعلم ٭

فصل في الكفاءة

الكفاءة في النكاح معتبرة قال صلى الله عليه وسلم الا لا يزوج النساء الا الاولياء ولا يزوجن الا من الاكفاء ولان انتظام المصالح بين المتكافئين عادة لان الشريفة تابى ان تكون مستفرشة للخسيس فلا بد من اعتبارها بخلاف جانبها لان الزوج مستفرش فلا تغيظه دناءة الفراش واذا زوجت المرأة نفسها من غير كفو فللاولياء ان يفرقوا بينهما دفعا لضرر العار عن انفسهم ثم الكفاءة تعتبر في النسب لانه يقع به التفاخر فقريش بعضهم اكفاء لبعض والعرب بعضهم اكفاء لبعض والاصل فيه قوله عليه السلام قريش بعضهم اكفاء لبعض .

فصل في الكفاءة

قوله الكفاءة في النكاح معتبرة اي يعتبر وجودها في حق اللزوم في النكاح فعند عدمها كان للاولياء حق الاعتراض بالتفريق وعن الكرخي رحمه الله انه كان يقول الاصح عندي انه لا تعتبر الكفاءة اصلا لان الكفاءة غير معتبرة فيما هو اهم من النكاح وهو الدماء فلان لا تعتبر في النكاح اولى ولكن هذا ليس بصحيح فان الكفاءة في الدين غير معتبرة في باب الدم حتى يقتل المسلم بالكافر الذمي ولا يدل ذلك على انه غير معتبر في النكاح كذا في المبسوط **قوله** ثم الكفاءة تعتبر في النسب الاعلى قول سفيان الثوري فانه كان يقول لا يعتبر الكفاءة من حيث النسب وقيل انه كان من العرب فتواضع ورأى الموالي كفوا له وابو حنيفة رحمه الله كان من الموالي فتواضع ولم ير نفسه كفوا للعرب وحجته في ذلك قوله عليه السلام الناس سواسية كاسنان المشط لا فضل لعربي على عجمي انما الفضل بالتقوى وهذا الحديث يؤيده قوله تعالى ان اكرمكم عند الله اتقكم قلنا التفاضل في الآخرة بالتقوى وهو المراد بالآية **قوله** فقريش بعضهم اكفاء لبعض القرشي

بطن ببطن والعرب بعضهم اكفاء لبعض قبيلة بقبيلة والموالي بعضهم اكفاء لبعض رجل برجل ولا يعتبر التفاضل فيما بين قريش لما روينا وعن محمد رحمة الله تعالى عليه الا ان يكون نسبا مشهورا كاهل بيت الخلافة كانه قال تعظيما للخلافة وتسكينا للفتنة وبنو باهلة ليسوا باكفاء لعامة العرب لانهم معروفون بالخساسة واما الموالي فمن كان له ابوان في الاسلام فصاعدا فهو من الاكفاء يعني لمن له آباء فيه ومن اسلم بنفسه اوله اب واحد في الاسلام لا يكون كفو المن له ابوان في الاسلام لان تمام النسب بالاب والجد وابو يوسف الحق الواحد بالمثنى كما هو مذهبه في التعريف

من كان من ولد النضر والهاشمي من كان من ولد هاشم بن عبد مناف والعربي من جمعهم اب فوق النضر والموالي من سواهم وسموا موالي لانهم نصروا لعرب وسمي الناصر مولى قال الله تعالى وان الكافرين لا مولى لهم ولان قلاعهم فتحت على ايدى العرب وكانوا بسبيل من استرقاقهم فكانهم كانوا عبيدهم ثم عتقوا بالمن عليهم ولا يعتبر التفاضل فيما بين قريش فان رسول الله عليه السلام زوج بنته من عثمان رضي الله عنه وكان امويا وعلي رض زوج بنته من عمرو كان عدوياه

قوله بطن ببطن يعني لا عبرة لفضل البعض على البعض فيما بين قريش حتى ان هاشمية لوزوجت نفسها من قرشي غيرها شمي لا يكون لا وليانها حق الاعتراض مع ان الهاشمية افضل من قريش وغير القرشي من العرب لا يكون كفؤا للقرشي حتى لوزوجت قرشية نفسها لغير القرشي من العرب كان لا وليائها حق التفريق

قوله والعرب بعضهم اكفاء لبعض قبيلة بقبيلة لا اعتبار بفضل بعض القبائل على البعض الا بنو باهلة وافضلهم بنو هاشم وبنو باهلة معروفون بالخساسة فانهم كانوا يستخرجون النقي من عظام الموتى ويأكلونه **قوله** كما هو مذهبه في التعريف وصورته ان يذكر الشاهد نسب المدعى عليه بابيه اذا كان غائبا وعند هما بابيه وجده

ومن اسلم بنفسه لا يكون كفوا لمن له اب واحد في الاسلام لان التفاخر فيما بين الموالي بالاسلام والكفاءة في الحرية نظيرها في الاسلام في جميع ما ذكرنا لان الرق اثر الكفر وفيه معنى الذل فيعتبر في حكم الكفاءة **قال** وتعتبر ايضا في الدين اي الديانة وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رح هو الصحيح لانه من اعلى المفاخر والمرأة تعير بفسق الزوج فوق ما تعير بضعة نسبه وقال محمد رحمه الله لا يعتبر لانه من امور الآخرة فلا تبتني احكام الدنيا عليه الا اذا كان يصفع ويسخر منه او يخرج الى الاسواق سكران ويلعب به الصبيان لانه مستخف به.

قال وتعتبر في المال وهو ان يكون مالكا للمهر والنفقة وهذا هو المعتبر في ظاهر الرواية حتى ان من لا يملكهما او لا يملك احدهما لا يكون كفوا لان المهر بدل البضع فلا بد من ايفائه وبالنفقة قوام الازدواج ودوامه والمراد بالمهر قدر ما تعارفوا تعجيله لان ما وراءه مؤجل عرفا وعن ابي يوسف رحمه الله انه اعتبر القدرة على النفقة دون المهر لانه تجري المساهلة في المهور ويعد المرأة قادرا عليه بيسار ابيه فاما الكفاءة في الغنى فمعتبرة في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله حتى ان الفائقة في اليسار لا يكافئها القادر على المهر والنفقة لان الناس يتفاخرون بالغنى ويتعيرون بالفقر وقال ابو يوسف رحمه الله لا تعتبر لانه لا ثبات له اذ المال غاد ورائح وتعتبر في الصنائع وهذا عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله

قوله لان التفاخر فيما بين الموالي بالاسلام لانهم ضيعوا انسابهم فلا يكون التفاخر بينهم بالنسب بل بالاسلام كما قال سلمان حين تفاخر الصحابة رضي الله عنهم وقالوا سلمان ابن هرمز قال سلمان ابن الاسلام **قوله** اي في الديانة وهي التقوى والصلاح والحسب وانما فسره بالديانة لان مطلق الدين الاسلام ولا كلام فيه لان اسلام الزوج شرط جواز نكاح المسلمة **قوله** وهو قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله هو الصحيح وذكر شمس الائمة رحمه الله ان الصحيح عند ابي حنيفة رحمه الله ان الكفاءة في التقوى والحسب غير معتبرة وعن ابي يوسف

وعن ابي حنيفة في ذلك روايتان وعن ابي يوسف انه لا يعتبر الا ان يفحش كالحجام والحائك والدباغ والكناس وجه الاعتبار ان الناس يتفاخرون بشرف الحرف ويتعيرون بدناءتها وجه القول الآخر ان الحرفة ليست بلازمة ويمكن التحول عن الخسيسة الى النفيسة منها ه

قال واذا تزوجت المرأة ونقصت عن مهر مثلها فللأولياء الاعتراض عليها عند ابي حنيفة رحمه الله حتى يتم لها مهر مثلها او يفارقها وقالا ليس لهم ذلك وهذا الوضع انما يصح على قول محمد رحمه الله على اعتبار قوله المرجوع اليه في النكاح بغير الولي وقد صح ذلك وهذه شهادة صادقة عليه لهما ان ما زاد على العشرة حقها ومن اسقط حقه لا يعترض عليه كما بعد التسمية ولابي حنيفة رح ان الاولياء يفتخرون بغلاء المهور ويعيرون بنقصانها فاشبه الكفاءة بخلاف الابراء بعد التسمية لانهم لا يعيرون به واذا زوج الاب بنته الصغيرة ونقص من مهرها او ابنه الصغير وزاد في مهر امرأته جاز ذلك عليهما ولا يجوز ذلك لغير الاب والجد وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى وقالا لا يجوز الحط والزيادة الا بما يتغابن الناس فيه

رحمه الله انه اعتبر الكفاءة في الحسب ولم يعتبر في التقوى وفسر الحسب فقال هو مكارم الاخلاق كذا في المحيط وذكر الامام المحبوبي رحمه الله محيلا الى صدر الاسلام رحمه الله فالخسيس لا يكون كفوا للحسيب والحسيب الذي له جاه وحرمة وحشمة عند الناس والخسيس الذي لا جاه له بل هو من جملة العوام قالوا الحسيب يكون كفوا للنسيب حتى ان الفقيه يكون كفوا للعربي لان شرف العلم فوق شرف النسب ولو تزوجها وهو كفو لها ثم صار فاجرا داعرا لا يفسخ النكاح لان اعتبار الكفاءة عند ابتداء النكاح لا لاستمرارها بعد النكاح كذا في الفتاوى الظهيرية ه

قوله وعن ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه في ذلك روايتان في رواية لا يعتبر وهو الظاهر حتى يكون البيطار كفوا للعطار وفي رواية قال الموالي بعضهم اكفاء لبعض الا الحائك والحجام **قوله** وهذا الوضع انما يصح على قول

ومعنى هذا الكلام انه لايجوز العقد عندهما لان الولاية مقيدة بشرط النظر فعند فواته يبطل العقد وهذا لان الحط عن مهر المثل ليس من النظر في شيء كما في البيع ولهذا لم يملك ذلك غيرهما ولابي حنيفة رحمه الله ان الحكم يدار على دليل النظر وهو قرب القرابة وفي النكاح مقاصد تربو على المهر اما المالية هي المقصودة في التصرف المالي

محمد رحمه الله على اعتبار قوله المرجوع اليه يعني ان عنده لا يصح النكاح بغير ولي فكيف يتصور ان يتزوج وينقص من مهر مثلها فقال صح رجوع محمد رحمه الله الى قولهما ان النكاح ينعقد بغير ولي وهذا الوضع على اعتبار قوله المرجوع اليه ويتصور ايضا فيما اذا اكرهت المرأة والولي على ان تزوجها باقل من مهر مثلها ثم زال الاكراه فرضيت المرأة وابى الولي فليس له ذلك عندهما وذكر في الاسرار وقول محمد رحمه الله انما يتصور فيما اذا طلبت التزويج من الولي بكفو بدون مهر مثلها لم يجبر الولي عليه وعندهما يجبر وذكر في المبسوط ثم فيما فيه الاعتراض للولي لو طلق زوجها قبل تفريق القاضي وقبل ان يدخل بها كان لها نصف ما سمي لها لان الطلاق قبل الدخول مسقط للصداق قياسا الا انا اوجبنا لها نصف المسمى بالنص وان فرق القاضي بينهما فان كان قبل الدخول بها فلا شيء لها لانه فسخ اصل النكاح بهذا التفريق واذا زوجها الولي من غير كفو ثم فارقته ثم زوجت نفسها اياه بغير الولي كان للولي حق التفريق فلا يكون رضاه بالنكاح الاول رضا بالنكاح الثاني كذا ذكر في الذخيرة *

قوله ومعنى هذا الكلام انه لا يجوز العقد عندهما وانما فسر بهذا لانه قال بعض اصحابنا ان الزيادة والنقصان لا يجوز عندهما فاما اصل النكاح فصحيح والاصح ان النكاح باطل عندهما وفي الجامع الصغير للتمرتاشي رحمة الله تعالى عليه ظن البعض ان عندهما يجوز النكاح لان بطلان التسمية لا يبطل النكاح كالتزويج بخمر

والدليل قد مناه في حق غيرهما ومن زوج ابنته وهي صغيرة عبدا او زوج ابنه وهو صغير امة فهو جائز قال رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله ايضا لان الاعراض عن الكفاءة لمصلحة تفوقها وعندهما هو ضرر ظاهر لعدم الكفاءة فلا يجوز والله اعلم .

فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها

ويجوز لابن العم ان يزوج بنت عمه من نفسه وقال زفر رحمه الله تعالى لا يجوز واذا اذنت المرأة للرجل ان يزوجها من نفسه فعقدها بحضرة شاهدين جاز وقال زفر والشافعي رح لا يجوز لهما ان الواحد لايتصور ان يكون مملكا ومتملكا كما في البيع

ويقال للمزوج ا مايزيد في المهر اويفسخ العقد والصحيح ان النكاح باطل كما لايصح تصرفه في المال بغبن فاحش لان ولايته مقيدة بالنظر وعندهما ان النكاح موقوف على اجازتهما اذا بلغا وقيل عنهما روايتان وبجواز بونق بينهما فنقول ما قالا لايجوز اي لا ينفذ بل يتوقف كبيع الراهن الرهن وابى المرتهن ان يجيز البيع وهو موقوف وفي الاجناس عقيب قوله لايجوز النكاح فان بلغت فاجازت جاز في قولهما .

قوله والدليل قد مناه وهو قرب القرابة **قوله** لان الاعراض عن الكفاءة لمصلحة تفوقها حتى لو عرف سوء الاختيار من الاب مجانة وفسقا كان عقده باطلا والله اعلم .

فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها

قوله واذا اذنت المرأة الرجل ان يتزوجها من نفسه ذكر في التفاريق زوجها من نفسه بامرها وقال اشهدوا اني فلانة وكلتني ان ازوجها من نفسي ولم يبينها ولم يعرفها الشهود لايجوز النكاح لان الغائب انما يعرف بالتسمية الاترى انه لو قال زوجت امرأة قد وكلتني لايجوز وفي شرح القاضي لوكانت حاضرة منتقبة ولايعرفها الشهود فعن الحسن وبشر رحمهما الله يجوز

الا ان الشافعي رحمه الله يقول في الولي ضرورة لانه لا يتولاه سواه ولا ضرورة في الوكيل ولنا ان الوكيل في النكاح معبر وسفير والتمانع في الحقوق دون التعبير ولا ترجع الحقوق اليه بخلاف البيع لانه مباشر حتى رجعت الحقوق اليه واذا تولى طرفيه فقوله زوجت يتضمن الشطرين ولا يحتاج الى القبول *

قال وتزويج العبد والامة بغير اذن مولاهما موقوف فان اجازه المولى جاز وان رده بطل وكذلك لو زوج رجل امرأة بغير رضاها او رجلا بغير رضاه وهذا عندنا فان كل عقد صدر من الفضولي وله مجيز انعقد موقوفا على الاجازة وقال الشافعي رح تصرفات الفضولي كلها باطلة لان العقد وضع لحكمه والفضولي لا يقدر على اثبات الحكم فيلغو ولنا ان ركن التصرف صدر من اهله مضافا الى محله ولا ضرر في انعقاده فينعقد موقوفا حتى اذا رأى المصلحة فيه ينفذه وقد يتراخى حكم العقد عن العقد ومن قال اشهدوا اني قد تزوجت فلانة فبلغها الخبر فاجازت فهو باطل وان قال آخر بعدما قال اشهد واني زوجتها منه فبلغها الخبر فاجازت جاز وكذلك ان كانت المرأة هي التي قالت جميع ذلك وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح اذا زوجت نفسها غائبا فبلغه فاجاز جاز وحاصل هذا ان الواحد لا يصلح فضوليا من الجانبين

وقيل لا يجوز ما لم يرفع نقابها ويراها الشهود كذا ذكره الامام التمرتاشي رحمه الله *

قوله الا ان الشافعي رحمه الله يقول في الولي ضرورة لانه لا يتولاه سواه اكثر ما في الباب ان يأمر غيره ولئن امر غيره من احد الجانبين فمأموره قائم مقامه فلو منعناه من تولي الشطرين لامتنع النكاح اصلا **قوله** دون التعبير يعني المنافاة بين كون الشخص الواحد مملكا ومتملكا انما يكون في حكم هذين اللفظين لا في التعبير بهما والشخص الواحد جاز ان يعبر بلفظ التمليك والتملك والحكم في عقد النكاح راجع الى الزوجين الا ترى انه لا يستغني عن الاضافة اليهما بخلاف البيع **قوله** وله مجيز انعقد

اوفضوليا من جانب واصيلا من جانب عندهما خلافا له ولوجرى العقد بين الفضوليين اوبين الفضولي والاصيل جاز بالاجماع هو يقول لوكان مأمورا من الجانبين ينفذ فاذا كان فضوليا يتوقف وصار كالخلع والطلاق والاعتاق على مال ولهما ان الموجود شطر العقد لانه شطر حالة الحضرة فكذا عند الغيبة وشطر العقد لايتوقف على ماوراء المجلس كما في البيع بخلاف المأمور من الجانبين لانه ينتقل كلامه الى العاقدين وماجرى بين الفضوليين عقد تام وكذا الخلع واختاه لانه تصرف يمين من جانبه حتى يلزم فيتم به

موقوفا على الاجازة بخلاف ما اذا زوج رجل رجلا امرأة لايحل له نكاحها لانه ليس لهذا العقد مجيز

قوله اوفضوليا من جانب واصيلا وكذا فضوليا ووليا اووكيلا من جانب عندهما خلافا له **قوله** فاذا كان فضوليا يتوقف لان الفرق بين المأمور وغيره النفاذ لا الانعقاد **قوله** وصار كالخلع والطلاق والاعتاق على مال بان قال خالعت امرأتي على كذا فبلغها الخبر فقبلت اوقال طلقت امرأتي على كذا فبلغها الخبر فقبلت اوقال اعتقت عبدي على كذا فبلغه الخبر فقبله **قوله** وكذا الخلع واختاه اي الطلاق والاعتاق على مال لانه تصرف يمين لمافيه من تعليق الطلاق والعتاق بالقبول لصحة تعليقهما بالشرط فاذا بلغهما وقبلا صح لوجود الشرط ولهذا لايصح الرجوع عن ذلك فلليمين حكم فيبقي باعتبار حكمه ولايمكن ان يجعل النكاح تعليقا لانه لايحتمل التعليق بالشرط ولايلزم على هذا ما اذا قال بمحضر منها طلقتك بكذا فقامت عن المجلس قبل القبول فانه يبطل ولوكان تعليقا بالشرط لمابطل بقيامها عن المجلس لان من التعليقات ما يبطل بالقيام عن المجلس كقوله انت طالق ان شئت فانه يقتصر على وجود المشية في المجلس حتى

ومن امر رجلا ان يزوجه امرأة فزوجه اثنتين في عقدة لم تلزمه واحدة منهما لانه لا وجه الى تنفيذهما للمخالفة ولا الى التنفيذ في احدهما غير عين للجهالة ولا الى التعيين لعدم الاولوية فتعين التفريق ومن امره اميره بان يزوجه امرأة فزوجه امة لغيره جاز عند ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه رجوعا الى اطلاق اللفظ وعدم التهمة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يجوز الا ان يزوجه كفوا لان المطلق ينصرف الى المتعارف وهو التزوج بالاكفاء قلنا العرف مشترك

يبطل بقيامها عن المجلس وفي الجامع الصغير التمرتاشي رحمه الله والواحد يتولى طرفي الخلع اذا سمى البدل وعن محمد رحمه الله بلا تسمية ايضا لان الحقوق لا ترجع اليه وجه الظاهر ان الخلع لا يجب فيه البدل بلا تسمية ويحتاج فيه الى طلب الزيادة والنقصان والواحد لا يصلح مستزيدا ومستنقصا بلا مسمى وفي المسمى لا حاجة الى ذلك وما قالوا ان الواحد لا يصلح فضوليا من الجانبين فيما اذا تكلم الفضولي بكلام واحد بان قال الفضولي زوجت فلانة من فلان اما اذا تكلم بكلامين بان قال زوجت فلانة من فلان وقبلت منه يتوقف بالاجماع كذا في شرح الكافي ٠

قوله لم تلزمه واحدة منهما وعن ابي يوسف رحمه الله ولا يصح نكاح احدهما ان لم يكن بينهما محرمية واليه البيان كما لو طلق احدى امرأتيه ولو مات قبل البيان فالمهر والميراث بينهما وعليهما عدة الوفاة وجه المشهور ان تصحيح النكاح في المجهول تعليق بالبيان وانه لا يصح بخلاف الطلاق لانه يحتمل التعليق **قوله** وعدم التهمة لان الامة لغير المزوج والضرورة لانه ليس تحته حرة **قوله** قلنا العرف مشترك لان الاشراف كما يتزوجون الشريفات يتزوجون المعتقات والاماء فلا يصلح مقيدا لانه حينئذ يقع التعارض فبقي الاطلاق

اوهو عرف عملي فلايصلح مقيدا وذكر في الوكالة ان اعتبار الكفاءة في هذا استحسان عندهما لان كل احد لا يعجز عن التزوج بمطلق الزوج فكانت الاستعانة في التزوج بالكفو والله اعلم بالصواب.

باب المهر

قال ويصح النكاح وان لم يسم فيه مهرا لان النكاح عقد انضمام وازدواج لغة فيتم بالزوجين ثم المهر واجب شرعا ابانة لشرف المحل فلا يحتاج الى ذكره لصحة النكاح وكذا اذا تزوجها بشرط ان لا مهر لها لما بينا وفيه خلاف مالك رحمه الله.

قوله اوهو عرف عملي فلا يصلح مقيدا وهذا لان المتعارف ان لا يتزوج الشريف الامة اما لا عرف في ان مثله لا يسمى تزوجا اوغير الكفؤ لا يسمى امرأة والا طلاق صفة اللفظ والعقد يرد عليه فلا بد ان يكون لفظا الا ترى انه لو حلف لاياكل لحما فاكل لحم خنزير اوآدمي حنث مع انه غير معتاد فعلا لانه لحم **قوله** ولو زوجه صغيرة لا يجامع مثلها جاز بالاجماع فانه معتاد الا ترى ان النبي عليه السلام تزوج عائشة رضي الله عنها وهي بنت ست سنين فان قيل اذا وكل بشراء الفحم يتقيد بالشتاء وبشراء الجمد يتقيد بالصيف قلنا فيه منع ذكره شمس الائمة السرخسي رحمه الله في كتاب البيوع والله اعلم بالصواب.

باب المهر

قوله ثم المهر واجب شرعا فان قيل لو زوج امته من عبده لا يجب المهر كذا ذكره في المحيط فعلم ان النكاح بلا مال جائز قلنا قد قيل بانه يجب ثم يسقط ومن قال انه لا يجب اصلا لانه لا فائدة في ايجابه اونقول بان النص يتناول الاحرار بدليل السياق والسباق **قوله** وفيه خلاف مالك رحمه الله اي فيما اذا تزوجها بشرط ان لا مهر لها فان هذا

واقل المهر عشرة دراهم وقال الشافعي رحمه الله ما يجوز ان يكون ثمنا في البيع يجوز ان يكون مهرا لها لانه حقها فيكون التقدير اليها ولنا قوله صلى الله عليه وسلم ولا مهر اقل من عشرة ولانه حق الشرع وجوبا اظهارا لشرف المحل فيتقدر بماله خطر وهو العشرة استدلالا بنصاب السرقة ولو سمي اقل من عشرة فلها العشرة عندنا وقال زفر رحمه الله تعالى مهر المثل لان تسمية مالا يصلح مهرا كعدمها ولنا ان فساد هذه التسمية لحق الشرع وقد صار مقضيا بالعشرة فاما ما يرجع الى حقها فقد رضيت بالعشرة لرضاها بما دونها ولا معتبر بعدم التسمية لانها قد ترضى بالتمليك من غير عوض تكرما ولا ترضى فيه بالعوض اليسير ولو طلقها قبل الدخول بها تجب خمسة عند علمائنا الثلثة رحمهم الله تعالى وعنده تجب المتعة كما اذا لم يسم شيئا

النكاح لايجوز عنده فان قيل النكاح عقد معاوضة يفتقر الى المهر كالبيع يفتقر الى الثمن ثم نفي الثمن يفسد البيع فنفي المهر ينبغي ان يفسد النكاح قلنا الثمن عوض اصلي في البيع لا تتضائه الثمن لغة وشرعا اذ هو لغة تمليك شيء بشيء وشرعا تمليك مال بمال فترك تسميته يفسده كترك تسمية احد الزوجين واما المهر فليس بعوض اصلي لان النكاح لغة لايقتضيه لانه ينبئ عن الازدواج وذ الصيرورة كل زوجا لصاحبه وانما وجب شرعا اظهارا لخطر المحل فوفرنا على الشبهين حظه فمن حيث انه ليس بعوض اصلي لايفسد النكاح بعدمه ونفيه ومن حيث انه عوض شرعا لا ينعقد بدونه

قوله واقل المهر عشرة دراهم لقوله عليه السلام لا مهر اقل من عشرة وغير الدراهم لم يتقيد بالعشرة فتعينت الدراهم ضرورة **قوله** لانه حق الشرع وجوبا لقوله تعالى قد علمنا ما فرضنا عليهم في ازواجهم فهذا النص يقتضي ان صاحب الشرع هو المتولي للايجاب والتقدير وان تقدير العبد امتثال فمن جعل الى العبد اختيارا لا يجاب وترك التقدير كان رادا له

ومن سمى مهراعشرة فما زاد فعليه المسمى ان دخل بها ومات عنها لانه بالدخول يتحقق تسليم المبدل وبه يتأكد البدل وبالموت ينتهي النكاح نهايته والشيء بانتهائه يتقرر ويتأكد فيتقرر بجميع مواجبه وان طلقها قبل الدخول والخلوة فلها نصف المسمى لقوله تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن الآيه والاقيسة متعارضة ففيه تفويت الزوج الملك على نفسه باختياره وفيه عود المعقود عليه اليها سالمافكان المرجع فيه النص وشرط ان يكون قبل الخلوة لانها كالدخول عندنا على مانبينه ان شاء الله تعالى *

قوله والاقيسة متعارضة جواب سؤال وهوان يقال ينبغي ان يسقط الكل لان بالطلاق قبل الدخول يعود المعقود عليه سالما اليها فينبغي ان يسقط كل البدل كما اذا تبايعا ثم اقالا فاجاب عنه وقال ان هنا قياسا آخر يقتضي وجوب كل البدل لان الطلاق يشبه الاعتاق وبيع ما اشترى لانه قاطع للملك ومنه له بتصرف ملك بالنكاح فهذا الوجه يوجب تأكد جميع البدل فعلم ان القياسين تعارضا ولا يقال القياسان اذا تعارضا يعمل باحدهما بشهادة القلب فكيف تركا ولايقال ايضا النص مقدم على القياس وقوله والاقيسة متعارضة فكان المرجع فيه النص يوهم تقدم القياس عليه قلنا هذا النص دخل فيه الخصوص كما اذا سمى الخمرا والخنزير واذا ثبت الخصوص كان القياس مقدما عليه فجاز ان يعارضه القياس وهوان لايجب عليه شيء الا ان القياسين لما تعارضا لم يثبت الخصوص فيماوراء المخصوص واذا لم يثبت الخصوص بالقياس يجب عليه نصف المسمى عملا بالنص **قوله** ففيه تفويت الزوج الملك بيان التعارض فالتفويت يقتضي وجوب كل المهركالمشتري اذا اتلف المبيع قبل القبض **قوله** وفيه عود المعقود عليه اليها سالما يقتضي عدم وجوب شيء في المهركما في الاقالة والفسخ بخيار رؤية اوشرط

قال وان تزوجها ولم يسم لها مهرا او تزوجها على ان لا مهر لها فلها مهر مثلها ان دخل بها او مات عنها وقال الشافعي رحمه الله لا يجب شيء في الموت واكثرهم على انه يجب في الدخول له ان المهر خالص حقها فتتمكن من نفيه ابتداء كما تتمكن من اسقاطه انتهاء ولنا ان المهر وجوبا حق الشرع على ما مر وانما يصير حقا لها في حالة البقاء فتملك الابراء دون النفي ولو طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة لقوله تعالى ومتعوهن على الموسع قدره الآية ثم هذه المتعة واجبة رجوعا الى الامر وفيه خلاف مالك رحمة الله تعالى عليه ه

قوله ان دخل بها او مات عنها وكذلك ان ماتت المرأة **قوله** واكثرهم اي اكثر اصحاب الشافعي رحمه الله **قوله** ولنا ان المهر وجوبا حق الشرع وذكر في المحيط وفي المهر حقوق ثلثة حق الشرع وهو ان لا يكون اقل من عشرة وحق الاولياء وهو ان لا يكون اقل من مهر مثلها وحق المرأة وهو كونه ملكا لها غير ان حق الشرع وحق الاولياء يعتبر وقت العقد لا في حالة البقاء **قوله** فلها المتعة لقوله تعالى ومتعوهن وانما قلنا ان هذه المتعة مخصوصة بهذه الصورة لسياق الآية وهو قوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن او تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن قيل او بمعنى الواو اي وما لم تفرضوا **قوله** ثم هذه المتعة واجبة قوله هذه احتراز عن المتعة المستحبة وهي فيما اذا طلقها بعد الدخول وقد سمي لها مهرا **قوله** وفيه خلاف مالك رحمة الله تعالى عليه فعنده مستحبة لان الله تعالى قال حقا على المحسنين والمحسن اسم للمتطوع قلنا قد فسر الاحسان بالايمان ه

المتعة ثلثة اثواب من كسوة مثلها وهي درع وخمار وملحفة وهذا النقد يرمروي عن عائشة وابن عباس رضي الله عنهما وقوله من كسوة مثلها اشارة الى انه يعتبر حالها وهو قول الكرخي رحمه الله في المتعة الواجبة لقيامها مقام مهر المثل والصحيح انه يعتبر حاله عملا بالنص وهو قوله تعالى على الموسع قدره وعلى المقتر قدره ثم هي لا تزاد على نصف مهر مثلها ولا تنقص عن خمسة دراهم ويعرف ذلك في الاصل وان تزوجها ولم يسم لها مهرا ثم تراضيا على تسمية فهي لها ان دخل بها او مات عنها وان طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة وعلى قول ابي يوسف رحمة الله تعالى عليه الاول نصف هذا المفروض وهو قول الشافعي رحمة الله تعالى عليه لانه مفروض فيتنصف بالنص ولنا ان هذا الفرض

قوله ثلثة اثواب من كسوة مثلها على قدر فقر الرجل ويساره وهي درع وخمار وملحفة وهذا التقدير مأثور عن ابن عباس رضي الله عنهما وقالوا هذا في ديارهم فاما في ديارنا فينبغي ان يجب اكثر من ذلك لان متعتها ان يكون ثياب بدنها عادة والنساء في ديارنا يلبسن اكثر من ثلثة اثواب فيزاد على ذلك ازار ومكعب وكان الكرخي رحمه الله يقول المعتبر في المتعة المستحبة حال الرجل وفي المتعة الواجبة يعتبر حالها لانها خلف عن مهر المثل وفي مهر المثل يعتبر حالها فكذا في خلفه والصحيح انه يعتبر حاله لقوله تعالى على الموسع قدره وعلى المقتر قدره اي على الغني بقدر ماله وعلى المقل بقدر ماله ثم لا يزاد على نصف مهر مثلها ولا ينقص عن خمسة دراهم لان المتعة وجبت عوضا عن البضع وكل العوض لا يجوز ان يكون اقل من عشرة فنصف العوض لا يجوز ايضا ان يكون اقل من خمسة وذكر في شرح الطحاوي والمتعة ثلثة اثواب على

تعيين للواجب بالعقد وهو مهر المثل وذلك لا ينتصف فكذا ما نزل منزلته والمراد بما تلي الفرض في العقد اذ هو الفرض المتعارف *

قال فان زادها في المهر بعد العقد لزمته الزيادة خلافا لزفر رحمه الله وسنذكره في زيادة الثمن والمثمن ان شاء الله تعالى واذا صحت الزيادة تسقط بالطلاق قبل الدخول وعلى قول ابي يوسف رحمة الله تعالى عليه اولا ينتصف مع الاصل لان التنصف عندهما يختص بالمفروض في العقد وعنده المفروض بعده كالمفروض فيه على ما مروان حطت عنه من مهرها صح الحط لان المهر حقها والحط يلاقيه حالة البقاء *

اعتبار حالها فان كانت من السفلة فمن الكرباس وان كانت وسطا فمن القز وان كانت مرتفعة الحال فمن الا بريسم *

قوله تعيين للواجب وهذا لان الواجب الاصلي في النكاح مهر المثل والتسمية بعد العقد تعيين لقدر ذلك الواجب ولهذا اكتفي بهذا المسمى اذا دخل بها او مات عنها فلو كان المسمى بعد العقد غير ما وجب بالعقد لوجب عليه المسمى ومهر المثل ايضا واذا قامت التسمية مقام مهر المثل ومهر المثل لا ينتصف فكذا ما قام مقامه

قوله والمراد بما تلي الفرض في العقد هو جواب عما يقال قولكم مهر المثل لم ينتصف فكذا ما نزل منزلته هذا عمل بالرأي على مخالفة النص فاجاب بان المراد بالنص المفروض في العقد لا بعده فلم يكن هذا الرأي مخالفا للنص وانما لم ينتصف المتعة لان التنصيف ثبت بخلاف القياس عند وجود المسمى في العقد فيبقى ما وراه على اصل القياس *

واذا خلا الرجل بامرأته وليس هناك مانع من الوطئ ثم طلقها فلها كمال مهرها وقال الشافعي رحمه الله لها نصف المهر لان المعقود عليه انما يصير مستوفيا بالوطئ فلا يتأكد المهر دونه ولنا انها سلمت المبدل حيث رفعت الموانع وذلك وسعها فيتأكد حقها في البدل اعتبارا بالبيع وان كان احدهما مريضا او صائما في رمضان او محرما بحج فرض او نفل او بعمرة او كانت حائضا فليست الخلوة صحيحة حتى لو طلقها كان لها نصف المهر لان هذه الاشياء موانع اما المرض فالمراد منه ما يمنع الجماع او يلحقه به ضرر وقيل مرضه لا يعري عن تكسر وفتور وهذا التفصيل في مرضها واما صوم رمضان لما يلزمه من القضاء والكفارة والاحرام لما يلزمه من الدم وفساد النسك والقضاء والحيض مانع طبعا وشرعا وان كان احدهما صائما تطوعا فلها المهر كله لانه يباح له الافطار من غير عذر في رواية المنتقى

قوله واذا خلا الرجل بامرأته ثم طلقها فلها كمال مهرها وقال الشافعي رحمه الله لها نصف المهر لانه طلاق قبل المس فيتنصف بالنص ولنا قوله تعالى وكيف تأخذونه وقد افضى بعضكم الى بعض نهى عن استرداد شئ من الصداق بعد الخلوة اذ الافضاء عبارة عن الخلوة ومنه سمي المكان الخالي فضاء والمس ليس بوطئ حقيقة وانما حمله على الوطئ لانه سببه فاطلق اسم السبب على المسبب وحملناه على الخلوة لانه لا يمس امرأته عادة الا في الخلوة فكان اطلاق اسم الملزوم على اللازم او السبب على المسبب اذ الخلوة الصحيحة سبب المس ظاهرا وما ذكرنا اولى لتأييده بالنص وبقوله عليه السلام من كشف خمار امرأته ثم طلقها وجب عليه المهر كاملا وقد حكى الطحاوي رحمه الله اجماع الصحابة في هذه المسئلة وعن الخلفاء الراشدين ان من اغلق بابا على امرأته اوارخى سترا ثم طلقها وجب لها الصداق كاملا **قوله** وهذا التفصيل في مرضها

وهذا القول في حق المهر هو الصحيح وصوم القضاء والمنذ ور كالتطوع في رواية لانه لا كفارة فيه والصلوة بمنزلة الصوم فرضها كفرضه ونفلها كنفله واذا خلا المجبوب بامرأته ثم طلقها فلها كمال المهر عند ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه وقالا عليه نصف المهر لانه اعجز من المريض بخلاف العنين لان الحكم ادير على سلامة الآلة ولابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه ان المستحق عليها التسليم في حق السحق وقد اتت به ٭

وفي الذخيرة والحاصل ان المرض في جانبها ممنوع بلاخلاف واما المرض من جانبه فقد قيل انه ايضا ممنوع وقيل انه غير ممنوع وانه يمنع صحة الخلوة على كل حال وجميع انواعه في ذلك على السواء قال الصدر الشهيد رحمه الله وهو الصحيح ٭

قوله وهذا القول في حق المهر هو الصحيح لان في العمل بهذه الرواية رعاية حق المرأة وفي العمل بالرواية الاخرى رعاية حق الله تعالى وحق العبد مقدم على حق الله تعالى لاحتياجه وغنى الله تعالى حتى قلنا باباحة الافطار حتى لا يمنع صحة الخلوة وفي الفتوى لا يباح فان قيل ينبغي ان لا يلزم كل المهر لانه يلزمه القضاء على تقدير الافساد فلا يكون الخلوة صحيحة كما في قضاء رمضان قلنا لزوم القضاء في التطوع عندنا ضرورة صيانة المؤدى عن البطلان والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة فيظهر ذلك في حق الصائم خاصة بالقضاء فلا يعدو الى غيره حتى يفسد الخلوة بخلاف صوم قضاء رمضان فانه فرض مطلقا فكان اثره عاما وفي الذخيرة الاحكام التي اقاموا الخلوة فيها مقام الوطي تأكد جميع المسمى ان كان في العقد تسمية وتأكد مهر المثل ان لم يكن في العقد تسمية وثبوت النسب ووجوب العدة ووجوب النفقة والسكنى في هذه العدة وحرمة نكاح اختها مادامت العدة قائمة وحرمة نكاح اربع سواها وحرمة نكاح الامة عليها على قياس قول ابي حنيفة

قال وعليها العدة في جميع هذه المسائل احتياطا استحسانا لتوهم الشغل والعدة حق الشرع والولد فلا يصدق في ابطال حق الغير بخلاف المهر لانه مال لا يحتاط في ايجابه وذكر القدوري رحمه الله في شرحه ان المانع ان كان شرعيا تجب العدة لثبوت التمكن حقيقة وان كان حقيقيا كالمرض والصغر لا تجب لعدم التمكن حقيقة

رحمه الله في حرمة نكاح الامة على الحرة في العدة عن طلاق بائن ومراعاة وقت وقوع الطلاق في حقها واما الاحكام التي ما اقاموا الخلوة فيها مقام الوطئ فالاحصان حتى لا يصير محصنا بالخلوة وحرمة البنات والاحلال للزوج الاول والرجعة والميراث حتى لو طلقها ثم مات وهي في العدة لا ترث واما وقوع طلاق آخر في هذه العدة فقد قيل لا يقع وقيل يقع وهو اقرب الى الصواب لان الاحكام لما اختلفت في هذا الباب وجب القول بالوقوع احتياطا ثم هذا الطلاق يكون رجعيا او بائنا ذكر شيخ الاسلام رحمه الله انه يكون بائنا والعدة حق الشرع والولد حتى لا يصير الولد هالكا *

قوله وعليها العدة في جميع هذه المسائل اي عند صحة الخلوة وفسادها بالموانع المذكورة احتياطا لتوهم الشغل مع تحقق هذه الموانع نظرا الى التمكن الحقيقي والعدة تجب حقا للشرع والولد لصيانة الولد عن الاشتباه ولو اذن لها الزوج لا يحل لها الخروج فيحتاط فيها اذا وقع الشك في الوجوب ولا تصدق في ابطال حقهم بخلاف المهر لان المال لا يجب بالشك فلا يجب اذا لم تصح الخلوة فان قيل التوهم معدوم في فصل الجب قلنا شغل رحمها بمائه موهوم بالسحق ولهذا اثبت النسب اذا جاءت بولد على رواية ابي سليمان فتوهم الشغل بالسحق يوجب العدة وانتفاؤه لعدم الوطئ حقيقة يمنع فيجب احتياطا

قال وتستحب المتعة لكل مطلقة الا لمطلقة واحدة وهي التي طلقها الزوج قبل الدخول وقدسمى لها مهرا وقال الشافعي رحمه الله تجب لكل مطلقة الا لهذه لانها وجبت صلة من الزوج لانه اوحشها بالفراق الا ان في هذه الصورة نصف المهر طريقة المتعة لان الطلاق فسخ في هذه الحالة والمتعة لا تتكرر ولنا ان المتعة خلف عن مهر المثل في المفوضة لانه سقط مهر المثل ووجبت المتعة والعقد يوجب العوض فكان خلفا

قوله وتستحب المتعة لكل مطلقة الا لمطلقة واحدة وهي التي طلقها الزوج قبل الدخول وقد سمى لها مهرا وهنا اشكال في الاستثناء وفي الصدر اما في الاستثناء فلان حكم المستثنى لابد ان يكون مخالفا للمستثنى منه ولم يوجد اذ الاستحباب ثابت في المستثنى كما في المستثنى منه فقد ذكر في المبسوط والمحيط والحصر والمختلف ان المتعة تستحب للتي طلقها قبل الدخول وقد سمي لها مهرا واما في الصدر فلان المتعة تجب للتي طلقها قبل الدخول ولم يسم لها مهرا كما مر قبل هذا ويجاب عن الاول بانه اتبع القدوري وهو قد ذكر في شرحه ان المتعة لاتستحب للتي طلقها قبل الدخول وقد سمى لها مهرا ولانه من نفى الاستحباب اراد الاستحباب الناشئ من دفع وحشة الفراق وهو معدوم في المستثنى لان نصف المهر يجب بطريق المتعة اذ الطلاق فسخ في هذه الحالة فقد حصل الاستحباب الناشئ من دفع وحشة الطلاق بنصف المهر ومن اثبته اراد به الاحسان الى من عجز عن التكسب وذا مندوب فظهرت المخالفة بين المستثنى والمستثنى منه من هذا الوجه وعن الثاني بانه اجرى لفظ الاستحباب على العموم واراد به حقيقة في البعض وهي التي طلقها بعد الدخول وقد سمي لها مهرا والمجازاي الوجوب في البعض وهي التي طلقها قبل الدخول ولم يسم لها مهرا اذ في الوجوب استحباب وزيادة وهذا واضح عند مشايخ العراق لتجويزهم الجمع بين الحقيقة والمجاز عند اختلاف المحل اويقال

والخلف لايجامع الاصل ولا شيئا منه فلا يجب مع وجوب شيء من المهر وهو غير جان في الايحاش فلا تلحقه الغرامة به فكان من باب الفضل واذا زوج الرجل بنته على ان يزوجه بنته اواخته ليكون احد العقدين عوضا عن الآخر فالعقدان جائزان ولكل واحدة منهما مهر مثلها وقال الشافعي رحمة الله تعالى عليه بطل العقدان لانه جعل نصف البضع صداقا والنصف منكوحة ولا اشتراك في هذا الباب فبطل الايجاب ولنا انه سمي ما لا يصلح صداقا فيصح العقد ويجب مهر المثل كما اذا سمي الخمر والخنزير

اراد بقوله لكل مطلقة غير التي تجب لها المتعة لانه بين حكمها سابقا فدل سبق ذكرها على انه اراد بهذا العموم غيرها كيلا يلزم التكرار في البعض او التناقض وذكر الامام بدرالدين الكردري رحمه الله وحاصله ان المطلقات اربعة مطلقة قبل الدخول بلا تسمية وهي التي تجب لها المتعة ومطلقة بعد الدخول وقد سمي لها مهرا ومطلقة بعد الدخول ولم يسم لها مهرا فتستحب المتعة لهما ومطلقة قبل الدخول مع التسمية وهي التي لا تستحب لها المتعة ولا تجب على اختيار القدوري وصاحب التحفة ٭

قوله والخلف لايجامع الاصل اي لايجامعه وجوبا وانما يجامعه استحبابا لانها مبرة واحسان فلم يجب مع وجوب كل المفروض كما اذا كان بعد الدخول والتسمية **قوله** ولا شيئا منه اي ولا عند وجوب نصف المفروض كما اذا كان قبل الدخول وبعد التسمية **قوله** وهو غير جان في الايحاش هذا جواب عن حرف الخصم وهو قوله اوحشها بالفراق لانه فعل ما فعله باذن الشرع فلا تلحقه الغرامة فلا تجب المتعة **قوله** واذا زوج الرجل بنته اواخته على ان يزوجه الزوج بنته اواخته ليكون احد العقدين عوضا عن الآخر وشرطا صريحا بان قال على ان يكون مهر كل واحدة منهما نكاح الاخرى واجمعوا انه لو قال زوجتك ابنتي على ان تزوجني ابنتك ولم يقل على ان يكون بضع كل واحدة منهما صداقا للاخرى جاز النكاح ولا يكون شغارا **قوله** لانه جعل

ولا شركة بدون الاستحقاق وان تزوج حر امرأة على خدمته سنة او على تعليم القرآن جاز فلها مهرمثلها وقال محمد لها قيمة خدمته وان تزوج عبد امرأة باذن مولاه على خدمته سنة جاز ولها خدمته. وقال الشافعي رحمه الله لها تعليم القرآن والخدمة في الوجهين لان مايصلح اخذ العوض عنه بالشرط يصلح مهرا عنده لانه بذلك تتحقق المعاوضة وصار كما اذا تزوجها على خدمة حر آخر برضاه او على رعي الزوج غنمها ولنا ان المشروع انما هو الابتغاء بالمال والتعليم ليس بمال وكذلك المنافع على اصلنا وخدمة العبد ابتغاء بالمال لتضمنه تسليم رقبته ولا كذلك الحر ولان خدمة الزوج الحر لا يجوز استحقاقها بعقد النكاح

نصف البضع صداقا والنصف منكوحة وذلك لانه لما جعل ابنته منكوحة الآخر وصداقا لابنته اقتضى ذلك انقسام منافع بضعها عليهما نصفين فيصير النصف منها للزوج بحكم النكاح والنصف لبنته بحكم المهر وملك النكاح لا يحتمل الاشتراك كما لو زوجت المرأة نفسها من رجلين •

قوله ولا شركة بدون الاستحقاق هذا جواب عن حرف الخصم بيانه ان البضع لما لم يكن له صلاحية كونه صداقا لم يتحقق الاشتراك لان منافع بضع المرأة لاتصلح ان يكون مملوكة لامرأة اخرى فبقي هذا شرطا فاسدا والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة بخلاف ما لو زوجت المرأة نفسها من رجلين حيث لا يصح لصلاحية الاشتراك لانها تصلح منكوحة لكل واحد منهما فيتحقق معنى الاشتراك ويسمى هذا النكاح نكاح الشغار من قولهم شغروا فلانا من بلد اذا نفوه وطردوه لما انه عقد نفي عنه المهر وعن ابن فارس التركيب يدل على الخلو كذا في المغرب المهملة العين وذكر في الصحاح يقال شغر الكلب اذا

لما فيه من قلب الموضوع بخلاف خدمة حر آخر برضاه لانه لا مناقضة وبخلاف خدمة العبد لانه يخدم مولاه معنى حيث يخدمها باذنه وبامره وبخلاف رعي الاغنام لانه من باب القيام بامور الزوجية فلا مناقضة على انه ممنوع في رواية ثم على قول محمد رحمه الله تجب قيمة الخدمة لان المسمى مال الا انه عجز عن التسليم لمكان المناقضة فصار كالمتزوج على عبد الغير وعلى قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله تعالى يجب مهر المثل لان الخدمة ليست بمال اذ لا تستحق فيه بحال فصار كتسمية الخمر والخنزير وهذا لان تقومه بالعقد لضرورة فاذا لم يجب تسليمه في العقد لا يظهر تقومه فيبقى الحكم على الاصل وهو مهر المثل فان تزوجها على الف فقبضتها و وهبتها له ثم طلقها قبل الدخول رجع عليها بخمسمائة

رفع احدى رجليه ليبول وسمي به هذا العقد لانهما بهذا الشرط كانهما رفعا المهر واخليا البضع عنه *

قوله لما فيه من قلب الموضوع وهو ان عقد النكاح يقتضي ان تكون المرأة خادمة والزوج مخدوما لقوله عليه السلام النكاح رق وفي جعل خدمة الزوج اياها مهرا لها يكون الرجل خادما والمرأة مخدومة فكان على خلاف موضوع عقد النكاح فلا يجوز **قوله** على انه ممنوع في رواية اي في رعي الغنم رواية اخرى على انه لا يجوز مهرا وهي رواية الاصل والصواب ان يسلم لها مهرا اجماعا استدلالا بقصة موسى وشعيب عليهما السلام وشريعة من قبلنا يلزمنا اذا قص الله ورسوله بلا انكار **قوله** لان تقومه بالعقد لضرورة اي لاحتياج الناس اليه في موضع وهو عقد الاجارة فلا يكون له قيمة فيما وراءه فصار بمنزلة تسمية شيء لا قيمة له كالخمر فيجب مهر المثل .

لانه لم يصل اليه بالهبة عين ما يستوجبه لان الدراهم والدنانير لا يتعينان فى العقود والفسوخ وكذا اذا كان المهر مكيلا او موزونا او شيئا آخر فى الذمة لعدم تعينها فان لم تقبض الالف حتى وهبتها له ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع واحد منهما على صاحبه بشيء وفى القياس يرجع عليها بنصف الصداق وهو قول زفر رحمه الله لانه سلم المهر له بالابراء فلا تبرأ عما يستحقه بالطلاق قبل الدخول وجه الاستحسان انه وصل اليه عين ما يستحقه بالطلاق قبل الدخول وهو براءة ذمته عن نصف المهر ولا يبالى باختلاف السبب عند حصول المقصود ولو قبضت خمسمائة ثم وهبت الالف كلها المقبوض وغيره او وهبت الباقي ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع واحد منهما على صاحبه بشيء عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يرجع عليها بنصف ما قبضت

قوله لانه لم يصل اليه بالهبة عين ما يستوجبه لانه يستحق بالطلاق قبل الدخول نصف المهر والمقبوض ليس بمهر بل هو عوض عنه وهذا لان المهر دين فى الذمة والمقبوض عين فكان مثله لا عينه ولهذا لا يلزمها عند الطلاق رد المقبوض بعينه فان لها ان تمسكها وتدفع غيرها فان النقود لا يتعين فى العقود والفسوخ فصار هبة المقبوض كهبة مال آخر وحق الزوج في سلامة نصف الصداق ولم يسلم فله ان يرجع **قوله** ولا يبالى باختلاف السبب عند حصول المقصود لان الاسباب غير مطلوبة لذواتها بل لاحكامها كمن قال لآخر لك علي الف درهم ثمن هذه الجارية التي اشتريتها منك وقال المقر له الجارية جاريتك ولي عليك الف لزمه المال لحصول المقصود وان كذبه فى السبب وهو بيع الجارية ولا يقال ان اختلاف الاسباب ينزل منزلة اختلاف الاعيان كما في قصة بريرة حيث قال النبي عليه السلام هي لك صدقة ولنا هدية لان ذا بالنظر الى غير العاقدين كما في قصة بريرة واما بالنظر اليهما فلا ينزل منزلة اختلاف الاعيان ولا يلزم على هذا ما

اعتبارا للبعض بالكل ولان هبة البعض حط فيلحق باصل العقد ولابي حنيفة رحمه الله ان مقصود الزوج قد حصل وهو سلامة نصف الصداق بلاعوض فلا يستوجب الرجوع عند الطلاق والحط لا يلتحق باصل العقد في النكاح الا ترى ان الزيادة فيه لا تلتحق حتى لا تتنصف ولو كانت وهبت اقل من النصف وقبضت الباقي

اذا اشترى عبدا بالف فحط البائع عشر الثمن ثم وجد به عيبا ينقص عشر الثمن فانه يرجع بنقصان العيب وان حصل هذا بالحط لان موجب الرد بالعيب سقوط بعض الثمن وهذا لا يحصل بالحط لان العشر خرج من كونه ثمنا لالتحاقه باصل العقد فكان العقد واقعا على ما وراءه فان قيل يشكل على هذا الاصل ما اذا قال الرجل لآخر بعتني هذه الجارية بكذا او قال المولى زوجتها منك لا يحل له وطئها لاختلاف السبب مع ان المقصود قد حصل لان كل واحد من السببين اعني الشري او التزوج يثبت حل الوطئ قلنا هنا كما اختلف السبب والحكم جميعا اما السبب فظاهر لما ان الشري غير التزوج واما الحكم فان ملك اليمين يغاير ملك النكاح حكما لان النكاح يثبت الحل مقصودا والبيع لا يثبته ولو اثبته لا يكون مقصودا وهما لا يجتمعان فعند الاختلاف لم يثبت واحد منهما يقينا فصار كانهما لم يثبتا اصلا للتدافع في الحكم فلم يثبت الحل لما ان الموضع موضع الاحتياط واما فيما نحن بصدده فحكم السببين واحد لان كل واحد منهما يثبت الملك مقصودا وفي كل منهما وصول ما يستحقه الزوج اليه

قوله اعتبار للبعض بالكل فانها لو لم تقبض شيئا حتى وهبت الكل لا يرجع عليها بشيء ولو قبضت الكل ووهبت الكل منه يرجع عليها بنصف الالف فاذا قبضت النصف يرجع عليها بنصف ما قبضت **قوله** والحط لا يلتحق باصل العقد الا ترى ان من تزوج امرأة على عشرين درهما فوهبت له خمسة عشر منه لا يجب العشرة ولو التحق الحط باصل العقد لصار كانه تزوجها على خمسة ولو تزوجها على خمسة تجب عشرة

فعنده يرجع عليها الى تمام النصف وعندهما بنصف المقبوض ولو كان تزوجها على عرض فقبضت أو لم تقبض فوهبت له ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع عليها بشيء في قولهم جميعا وفي القياس وهو قول زفر رحمه الله يرجع عليها بنصف قيمته لان الواجب فيه رد نصف عين المهر على ما مر تقريره وجه الاستحسان ان حقه عند الطلاق سلامة نصف المقبوض من جهتها وقد وصل اليه ولهذا لم يكن لها دفع شيء آخر مكانه بخلاف ما اذا كان المهر دينا وبخلاف ما اذا باعت من زوجها لانه وصل اليه ببدل ولو تزوجها على حيوان او عروض في الذمة فكذلك الجواب لان المقبوض متعين في الرد وهذا لان الجهالة تحملت في النكاح فاذا عين يصير كان التسمية وقعت عليه واذا تزوجها على الف على ان لا يخرجها من البلدة او على ان لا يتزوج عليها اخرى فان وفى بالشرط فلها المسمى لانه صلح مهرا وقد تم رضاها به وان تزوج عليها اخرى او اخرجها فلها مهر مثلها لانه سمي مالها فيه نفع فعند فواته ينعدم رضاها بالالف فيكمل مهر مثلها

ولو حطت النصف ولم تهب الباقي حتى طلقها لم ينتصف الباقي فعلم بهذا ان الحط غير ملتحق باصل العقد وهذا لان النكاح ليس بعقد المعاوضة وهذا معاوضة ومبادلة مال بمال فلم يجب فيه اسناد الابراء والحط الى اصل العقد مع امكان التحقيق في الحال ه

قوله فعنده يرجع عليها الى تمام النصف صورته ما اذا تزوجها على الف فوهبت المرأة مائتين وقبضت الباقي فعند ابي حنيفة رحمه الله يرجع عليها بثلثمائة درهم حتى يتم النصف وعندهما المعتبر هو المقبوض فصار كانه تزوجها على ما قبضت فينتصف المقبوض وهو ثمانمائة درهم

قوله ولو تزوجها على حيوان او عروض في الذمة اي على نوع من الحيوان غير موصوف بان قال على فرس او حمار او تزوجها على ثوب هروي او مروي فكذلك الجواب اي لم يرجع عليها بشيء قبضت او لم تقبض لان المقبوض متعين في الرد اذ الاصل

كما في تسمية الكرامة والهدية مع الالف ولو تزوجها على الف ان اقام بها و
على الفين ان اخرجها فان اقام بها فلها الالف وان اخرجها فلها مهر المثل لا يزاد
على الفين ولا ينقص عن الالف وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا الشرطان جميعا
جائزان حتى كان لها الالف ان اقام بها والالفان ان اخرجها وقال زفر رحمة الله تعالى عليه
الشرطان جميعا فاسد ان ويكون لها مهر مثلها لا ينقص من الف ولا يزاد على الفين
واصل المسئلة في الاجارات في قوله ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلك نصف
درهم وسنبينها فيه ان شاء الله تعالى ولو تزوجها على هذا العبد او على هذا العبد فاذا احدهما
اوكس والآخر ارفع فان كان مهر مثلها اقل من اوكسهما فلها الاوكس
وان كان اكثر من ارفعهما فلها الارفع وان كان بينهما فلها مهر مثلها وهذا عند
ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه وقالا لها الاوكس في ذلك كله فان طلقها قبل الدخول بها

في العرض والحيوان العينية وثبوته في الذمة على خلاف القياس للضرورة لما فيه من الجهالة
ولكنها تحملت في النكاح لانه تسامح فيه عادة فاذا تعين بالقبض صار كانه هو الذي
ورد عليه العقد فتعين بالرد ولا كذلك المكيل او الموزون لانه يثبت في الذمة ثبوتا اصليا اذا صار
موصوفا كالدراهم والدنانير فكان ملحقا بهما والحكم فيهما ان لا يتعين المقبوض بالرد •
قوله كما في تسمية الكرامة اي كما اذا تزوجها على الف على ان يكرمها ولا يكلفها
الاعمال الشاقة وما تتعب بها **قوله** والهدية بان يرسل اليها الثياب الفاخرة مثلا
مع الالف وقال زفر رحمه الله تعالى ان شرط لها مع الالف ما هو مال كالهدية فالجواب
كذلك وان شرط ما ليس بمال كطلاق الضرة فليس لها الا الالف لان المال يتقوم بالاتلاف
فكذلك يتقوم بمنع التسليم اذا شرط لها في العقد فاما الطلاق ونحوه فلا يتقوم بالاتلاف فكذلك
لا يتقوم بمنع التسليم ولكنا لا نوجب التسليم باعتبار تقوم ما شرط لها وانما كان لانعدام رضاها

فلها نصف الاوكس في ذلك كله بالاجماع لهما ان المصير الى مهر المثل لتعذر ايجاب المسمى وقد امكن ايجاب الاوكس اذ الاقل متيقن وصار كالخلع والاعتاق على مال ولابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه

بالالف بدون المنفعة المشروطة كذا في المبسوط وذكر في الجامع الصغير التمرتاشي رح تزوجها على الف ان لم يخرجها من البلد وعلى الفين ان اخرجها او على الف ان لم تكن له امرأة وعلى الفين ان كانت له امرأة او على الف ان كانت عجمية وعلى الفين ان كانت عربية او على الف ان كانت ثيبا وعلى الفين ان كانت بكرا فالشرط الاول صحيح عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى والثاني فاسد ولو طلقها قبل الدخول فلها نصف الالف فان دخل بها فان وفى لها بالشرط فلها الالف والا فمهر المثل لا يجاوز به عن الفين ولا ينقص من الف وقالا الشرطان جائزان وقال زفر رحمه الله فاسدان لان كل واحد منهما معلق بخطر ولهما انه عقد عقدين وخير نفسه في احدهما وله ان الاول لاخطر فيه فانه لو اقتصر عليه صح والثاني فيه خطر لانه يتعلق بانتساخ الاول وعن الدبوسي وغيره لو تزوجها على الف ان كانت قبيحة وعلى الفين ان كانت جميلة يصحان بالاجماع لانه لاخطر في التسمية الثانية لان المرأة على صفة واحدة اما قبيحة واما جميلة لكن الزوج لايعرف وجهله لا يوجب الخطر قال رضي الله تعالى عنه في نوادر ابن سماعة عن محمد رحمة الله تعالى عليه نص على الخلاف .

قوله فلها نصف الاوكس في ذلك كله بالاجماع عندهما لا يشكل وكذلك عنده لان مهر المثل لا يعتبر بعد الطلاق قبل الدخول فيجب ما هو المتيقن ونصف الاوكس متيقن وهو فوق المتعة ظاهرا **قوله** وصار كالخلع والاعتاق على مال اي بهذا الطريق الذي ذكرنا بان خالع او اعتق على الف او الفين على هذا العبد او على هذا العبد

ان الموجب الاصلي مهرا لمثل اذ هو الاعدل والعدول عنه عند صحة التسمية وقد فسدت لمكان الجهالة بخلاف الخلع والاعتاق لانه لاموجب له في البدل الا ان مهر المثل اذا كان اكثر من الارفع فالمرأة رضيت بالحط وان كان انقص من الاوكس فالزوج رضي بالزيادة والواجب في الطلاق قبل الدخول في مثله المتعة ونصف الاوكس يزيد عليها في العادة فوجب لاعترافه بالزيادة واذا تزوجها على حيوان غير موصوف صحت التسمية ولها الوسط منه والزوج مخير ان شاء اعطاها ذلك وان شاء اعطاها قيمته قال رضي الله عنه معنى هذه المسئلة ان يسمي جنس الحيوان دون الوصف بان يتزوجها على فرس او حمار اما اذا لم يسم الجنس بان يتزوجها على دابة لاتجوز التسمية ويجب مهر المثل وقال الشافعي رح يجب مهر المثل في الوجهين جميعا لان عنده ما لا يصلح ثمنا في البيع لا يصلح مسمى في النكاح اذ كل واحد منهما معاوضة ولنا انه معاوضة مال بغير مال فجعلناه التزام المال ابتداء حتى لايفسد باصل الجهالة كالدية والاقارير وشرطنا ان يكون المسمى مالا وسطه معلوم رعاية للجانبين وذلك عند اعلام الجنس لانه يشتمل على الجيد والرديء والوسط والوسط ذو حظ منهما بخلاف جهالة الجنس لانه لا واسطة لاختلاف معاني الاجناس وبخلاف البيع لان مبناه على المضايقة والمماكسة اما النكاح فمبناه على المسامحة وانما يتخير لان الوسط لا يعرف الا بالقيمة فصارت اصلا في حق الايفاء والعين اصل تسمية فيتخير بينهما

قوله ان الموجب الاصلي مهر المثل كالقيمة في باب البيع **قوله** اذ هو الاعدل اي مهر المثل هو الاعدل لانه لا يجرى الزيادة فيه والنقصان **قوله** ان يسمى جنس الحيوان اي نوعه **قوله** ولنا انه معاوضة مال بغير مال لان منافع البضع ليست

وان تزوجها على ثوب غير موصوف فلها مهر المثل ومعناه انه ذكر الثوب ولم يزد عليه ووجهه ان هذه جهالة الجنس لان الثياب اجناس ولو سمي جنسا بان قال هروي تصح التسمية ويخير الزوج لما بينا وكذا اذا بالغ في وصف الثوب في ظاهر الرواية لانها ليست من ذوات الامثال وكذا اذا سمي مكيلا اوموزونا وسمي جنسه دون صفته وان سمي جنسه وصفته لا يخير لان الموصوف منهما يثبت فى الذمة ثبوتا صحيحا

بمال بدليل انه لا يصح امهاره ولا تبطله الشروط الفاسدة والحيوان يثبت دينا فى الذمة في مبادلة مال بما ليس بمال الا ترى انه وجب فى الدية مائة من الابل شرعا وصفتها مجهولة فكذا ثبت شرطا وجعل كانه مال يلتزمه ابتداء والجهالة المستدركة لا تمنع صحة التزام المال ابتداء كما فى الاقرار فان من اقر بشيء اوعبد لرجل صح واليه البيان وانما لا ينصرف الى الوسط لان المقر به ثمة ليس بعوض وعين المهر هنا عوض وان كان باعتبار صفة المالية التزام المال ابتداء فلكونه عوضا صرفناه الى الوسط عند اطلاق التسمية ليعتدل النظر من الجانبين لان الوسط ذو حظ منهما ولكونه مالا يلتزم ابتداء لايمنع جهالة الصفة صحة الالتزام *

قوله ويخير الزوج لما بينا وهو قوله لان الوسط لا يعرف الا بالقيمة

قوله وكذا اذا بالغ في وصف الثوب اي يخير الزوج اي بعد ما سمي جنسه بان قال ثوب هروي وبين عرضه وطوله بحيث لو اسلم فيه يجوز السلم فيتخير الزوج ايضا في ظاهر الرواية وفي رواية لا يخير لانه يصير بمنزلة العين ولاخيار فى العين

فان تزوج مسلم على خمرا وخنزيرفالنكاح جائزولهامهرمثلها لان شرط قبول الخمر شرط فاسد فيصح النكاح ويلغوالشرط بخلاف البيع لانه يبطل بالشروط الفاسدة لكن لم تصح التسمية لما ان المسمى ليس بمال في حق المسلم فوجب مهرالمثل فان تزوج امرأة على هذاالدن من الخل فاذاهوخمرفلهامهرمثلهاعندابي حنيفة رحمه الله وقالا لها مثل وزنها خلا وان تزوجها على هذا العبد فاذا هوحر يجب مهرالمثل عندابي حنيفة ومحمدرحمهما الله تعالى وقال ابويوسف رحمه الله تجب القيمة لابي يوسف رحمه الله تعالى عليه انه اطمعها مالا وعجزعن تسليمه فتجب قيمته اومثله ان كان من ذوات الامثال كما اذا هلك العبد المسمى قبل التسليم وابوحنيفة رحمة الله تعالى عليه يقول لما اجتمعت الاشارة والتسمية فتعتبرالاشارة لكونها ابلغ في المقصود وهوالتعريف فكانه تزوج على خمراوحرومحمدرحمة الله تعالى عليه يقول الاصل ان المسمى اذاكان من جنس المشاراليه يتعلق العقدبالمشاراليه لان المسمى موجود في المشاراليه ذاتا

قوله وان تزوج مسلم على خمرا وخنزيرفالنكاح جائز وعلى قول مالك رحمة الله تعالى عليه النكاح فاسد قياسا على البيع ولكنا نقول هما شرطا قبول الخمروهو شرط فاسد الاان النكاح لا يبطل بالشرط الفاسد وشرط صحة التسمية ان يكون المسمى مالا فاذابطلت صاركانه لم يسم له عوضا فكان لها مهر مثلها وكذا نقول في البيع يصيركانه لم يسم ثمنا والبيع يفسد عند عدم التسمية وذكرفي الايضاح وعقدالنكاح لايبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع والفقه فيه هوان الشرط الفاسد في البيع يصيرربوا والربوا حرام بنص الكتاب ولاربوافي باب النكاح فلم يؤثرالشرط في ركن العقدفيبقى الركن صحيحا ولغا الشرط **قوله** فتعتبر الاشارة لكونها ابلغ في المقصود وذلك لان التسمية واقعة على المشاراليه لانه قال تزوجتك على هذا فبقي اشكال وهوانه سماه بغيراسمه لكن بهذا لايمتنع انصراف التسمية اليه لان الشيء

والموصف يتبعه وان كان من خلاف جنسه يتعلق بالمسمى لان المسمى مثل للمشار اليه وليس بتابع له والتسمية ابلغ فى التعريف من حيث انها تعرف الماهية والاشارة تعرف الذات الا ترى ان من اشترى فصا على انه ياقوت فاذا هو زجاج لا ينعقد العقد لاختلاف الجنس ولو اشترى على انه ياقوت احمر فاذا هو اخضر ينعقد العقد لاتحاد الجنس وفى مسئلتنا العبد مع الحر جنس واحد

قد يسمى باسم مجازه كما يسمى باسم حقيقته الا ترى ان من قال لامرأته هذه الكلبة طالق او قال لعبده هذا الحمار حر فانه يعتق وتطلق فلو امتنعت الاضافة اليه تسمية باسم غيره لما وقع الطلاق والعتاق وانما لا يمتنع لان التسمية تحتمل المجاز واما الاشارة فلا تحتمله فلا يستقيم ان تجعل الاشارة الى عين اشارة الى غيره اما اطلاق اسم عين يجوز على عين آخر مجازا لان الاشارة الى شيء بمنزلة وضع اليد على ذلك الشيء فلا يتصور ان يكون الوضع على شيء وضعا على شيء آخر فيتعلق الحكم بالمشار اليه ضرورة والمشار اليه ليس بمال فيجب مهر المثل الى هذا اشار فخر الاسلام رحمه الله *

قوله والوصف يتبعه اي فى الاستحقاق كذا فى الاسرار **قوله** ومحمد رحمة الله تعالى عليه يقول الاصل ان المسمى اذا كان من جنس المشار اليه يتعلق العقد بالمشار اليه فان كان من خلاف جنسه يتعلق بالمسمى هذا الاصل مجمع عليه انما البيان فى التخريج على هذا الاصل فابويوسف رحمه الله تعالى عليه يقول الحر مع العبد والخل مع الخمر جنسان مختلفان في حق الصداق لان احدهما مال متقوم يصلح صداقا والآخر لا يتعلق الحكم بالمسمى وهو مال فصارت الاشارة لبيان وصف المسمى كانه قال عبد مثل هذا فى الوصف وكذا فى الخل ومحمد رحمه الله يقول اختلاف الجنس باختلاف معنى الذات وذا لا تفترق فى الحر والعبد اذ منفعتهما تحصل على نمط واحد فاذا لم يتبدل معنى الذات اعتبرا جنسا واحدا فكانت العبرة

لقلة التفاوت في المنافع والخمر مع الخل جنسان لفحش التفاوت في المقاصد

للاشارة والمشار اليه لا يصلح مهرا فصار كانه قال تزوجتك على هذا وسكت فاما الخل مع الخمر فجنسان مختلفان اذ المطلوب من الخل معلوم والمطلوب من الخمر معنى الاطراب فاذا كانا جنسين صار الحكم كما قال ابويوسف رحمه الله وابوحنيفة رحمه الله يقول اختلاف الجنس لا يتحقق الا بتبدل المعنى والصورة لان كل موجود من الحوادث موجود بصورته ومعناه فلا يأخذ الديان حكم الجنسين المختلفين الا اذا اختلفا صورة ومعنى وصورة الخمر والخل متحدة وكذا صورة الحر والعبد واذا لم يثبت اختلاف الجنس باختلاف المعاني لوجود الاتحاد صورة كان المشار اليه من جنس المسمى فكانت العبرة للاشارة في الفصلين فصار كانه تزوجها على حر وخمر وميتة فيجب مهر المثل وابويوسف رحمه الله خالف اصله فيما اذا كان المشار اليه يصلح مهرا كما اذا تزوجها على هذا الدن من الخمر فاذا هي خل او على هذا الميتة فاذا هي زكية وقال جمع بين الاشارة والتسمية وصحت احداهما وبطلت الاخرى اعتبرت الصحيحة في الفصلين تعاديا عن المصير الى مهر المثل لانه ضروري عنده لا يصار اليه الا عند التعذر ولان اعتبار التسمية حال صحتها لا يدل على اعتبارها حال فسادها وابوحنيفة رحمه الله يقول فيما روى ابويوسف رحمه الله عنه ان لها المشار اليه لانه من جنس المسمى وهذه الرواية اصح كذا حكى شمس الائمة السرخسي رحمه الله وفي رواية محمد رحمه الله عنه وقد عول عليه البعض ان لها مهر مثلها لان الموجب الاصلي هو مهر المثل والتسمية اقوى من حيث انها تعرف المعنى والاشارة تعرف الصورة لكن الاشارة اقوى من حيث انها تقطع الشركة ولا تحتمل المجاز بخلاف التسمية ففيما اذا كان المشار اليه لا يصلح مهرا رجحت الاشارة وفيما اذا كان يصلح مهرا رجحت التسمية رعاية للموجب الاصلي وهو مهر المثل في الفصلين

فان تزوجها على هذين العبدين فاذا احدهما حر فليس لها الا الباقي اذا ساوى عشرة دراهم عند ابي حنيفة رحمه الله لانه مسمى ووجوب المسمى وان قل يمنع وجوب مهر المثل وقال ابو يوسف رح لها العبد وقيمة الحر لو كان عبدا لانه اطمعها سلامة العبدين وعجز عن تسليم احدهما فتجب قيمته وقال محمد رحمه الله وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله لها العبد الباقي وتمام مهر مثلها ان كان مهر مثلها اكثر من قيمة العبد لانهما لوكانا حرين يجب تمام مهر المثل عنده فاذا كان احدهما عبدا يجب العبد وتمام مهر المثل

واذا فرق القاضي بين الزوجين في النكاح الفاسد قبل الدخول فلا مهر لها لان المهر فيه لا يجب بمجرد العقد لفساده وانما يجب باستيفاء منافع البضع

قوله فان تزوجها على هذين العبدين فاذا احدهما حر فليس لها الا الباقي وهذه المسئلة مبنية على ما مهدناه من الاصل ووجهه ان عند ابي حنيفة رحمه الله تسمية العبد عند الاشارة الى الحر لغو حتى وجب لها مهر المثل كانه لم يسم شيئا فهنا يكون تسمية العبد عند الاشارة الى الحر يكون لغوا ايضا فاذا لغت تسمية العبد الثاني صار كانه تزوجها على عبد فليس لها الا ذلك ولا يجب مهر المثل لانهما لا يجتمعان وعند ابي يوسف رحمه الله تسمية العبد معتبرة وان اشار الى الحر فاعتبر تسمية العبدين هنا لكنه عجز عن تسليم احدهما فيجب قيمته ومحمد رحمه الله يقول الامر كما قال ابو حنيفة رحمه الله ان تسمية العبد عند الاشارة الى الحر لغو لكنها ما رضيت بان يتملك بضعها بعبد فيجب المصير الى مهر مثلها دفعا للضرر عنها فان قيل يشكل على هذا ما اذا تزوج امرأة على الف وعلى ان يعتق اباها ثم لم يف بالشرط فلها الالف الى تمام مهر مثلها فعلم بهذا ان وجوب نصف المسمى لا يمنع وجوب مهر المثل قلنا ان المرأة انما رضيت بالالف بشرط وفاء ما قرن به وهو عتق ابيها فاذا لم يصل ذلك المشروط اليها صار كان التسمية لم توجد فيجب مهر المثل واما العبد الباقي في هذه الصورة فقد رضيت به معنى وذلك لانه لما ظهر ان احدهما حر صار كانه تزوجها ابتداء

وكذا بعد الخلوة لان الخلوة فيه لا يثبت بها التمكن فلا يقام مقام الوطي فان دخل بها فلها مهر مثلها لا يزاد على المسمى عندنا خلافا لزفر رحمه الله هو يعتبره بالبيع الفاسد ولنا ان المستوفي ليس بمال وانما يتقوم بالتسمية فاذا زادت على مهر المثل لم تجب الزيادة لعدم صحة التسمية وان نقصت لم تجب الزيادة على المسمى لعدم التسمية بخلاف البيع لانه مال متقوم في نفسه فتقدر بدله بقيمته وعليها العدة الحاقا للشبهة بالحقيقة في موضع الاحتياط وتحرزا عن اشتباه النسب ويعتبر ابتداؤها من وقت التفريق لا من آخر الوطئات هو الصحيح لانها تجب باعتبار شبهة النكاح ورفعها بالتفريق ويثبت نسب ولدها لان النسب يحتاط في اثباته احياء للولد فيترتب على الثابت من وجه وتعتبر مدة النسب من وقت الدخول عند محمد رحمه الله وعليه الفتوى لان النكاح الفاسد ليس بداع اليه والاقامة باعتباره

على حر وعبد فلو كان كذلك لا يجب مهر المثل كذا هنا ولان المرأة يلزمها الضرر الكثير هناك ان لم يكمل مهر المثل لعدم امكان توقيها عنه فكانت مغرورة بشرط الزوج فيجب عليه دفع الغرور بتكميل مهر المثل وفيما نحن بصدده يمكن التعرف عن حال كل واحد من المشار اليهما قبل النكاح فلو لزمها الضرر انما لزمها بتفريط كان منها فكان الضرر اخف **قوله** وكذا بعد الخلوة اي لا يجب المهر بعد الخلوة الصحيحة لانه لا يثبت بها التمكن نصا ر كخلوة الحائض وهذا معنى قولهم الخلوة الصحيحة في النكاح الفاسد كالخلوة الفاسدة في النكاح الصحيح **قوله** خلافا لزفر رحمه الله عنده يجب مهر المثل بالغا ما بلغ لان الواجب عند فساد العقد بدل المتلف الا ترى ان المقبوض بالشراء الفاسد مضمون بالقيمة بالغة ما بلغت فكذا المستوفي بالنكاح الفاسد **قوله** لعدم صحة التسمية لانها بناء على العقد وقد فسد العقد فيفسد ما بني عليه **قوله** وعليها العدة اي في التفريق بعد الدخول كذا في المتاركة ويعتبر ابتداؤها من وقت التفريق وقال زفر رحمه الله من آخر وطئ وطئها

قال ومهر مثلها يعتبر باخواتها وعماتها وبنات عماتها وبنات اعمامها لقول ابن مسعود رضي الله عنه لها مهر مثل نسائها من اقارب الاب ولان الانسان من جنس قوم ابيه وقيمة الشيء انما تعرف بالنظر في قيمة جنسه ولا يعتبر بامها وخالتها اذا لم تكونا من قبيلتها لما بينا فان كانت الام من قوم ابيها بان كانت بنت عمه فحينئذ يعتبر بمهرها لما انها من قوم ابيها ويعتبر في مهر المثل ان تتساوى المرأتان في السن والجمال والمال والعقل والدين والبلد والعصر لان مهر المثل يختلف باختلاف هذه الاوصاف وكذا يختلف باختلاف الدار والعصر قالوا ويعتبر التساوي ايضا في البكارة لانه يختلف بالبكارة والثيوبة واذا ضمن الولي المهر صح ضمانه لانه من اهل الالتزام وقد اضافه الى ما يقبله فيصح ثم المرأة بالخيار في مطالبتها زوجها او وليها اعتبارا بسائر الكفالات ويرجع الولي اذا ادى على الزوج ان كان بامره كما هو الرسم في الكفالة وكذلك يصح هذا الضمان وان كانت الزوجة صغيرة بخلاف ما اذا باع الاب مال الصغير وضمن الثمن لان الولي سفير ومعبر في النكاح وفي البيع عاقد ومباشر حتى ترجع العهدة عليه والحقوق اليه

لان وجوب العدة بسبب الوطيء فيعتبر آخر الوطئات حتى لو حاضت بعد الوطيء قبل التفريق ثلث حيض فقد انقضت العدة ولنا ان السبب الموجب للعدة شبهة النكاح ورفع هذه الشبهة بالتفريق الا ترى انه لو وطئها قبل التفريق لا يجب الحد وبعده يجب فلا تصير شارعة في العدة ما لم ترتفع الشبهة بالتفريق ٭

قوله ومهر مثلها يعتبر باخواتها اي التي من قبل ابيها وقال ابن ابي ليلى يعتبر بامها وقوم امها كالخالات **قوله** من اقارب الاب من تتمة قول ابن مسعود رضي الله عنه كذا في فوائد حميد الدين رحمه الله **قوله** والدين اي الديانة **قوله** باختلاف الدار اي البلد **قوله** واذا ضمن الولي اي ولي المرأة ٭

و يصح ابراؤه عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ويملك قبضه بعد بلوغه فلوصح الضمان يصير ضامنا لنفسه وولاية قبض المهر للاب بحكم الابوة لا باعتبار انه عاقد الا ترى انه لا يملك القبض بعد بلوغها فلا يصير ضامنا لنفسه ٠

قال وللمرأة ان تمنع نفسها حتى تاخذ المهر وتمنعه ان يخرجها اي يسافر بها ليتعين حقها في البدل كما تعين حق الزوج في المبدل وصار كالبيع وليس للزوج ان يمنعها من السفر والخروج من منزله وزيارة اهلها حتى يوفيها المهر كله اي المعجل لان حق الحبس لاستيفاء المستحق وليس له حق الاستيفاء قبل الايفاء ولو كان المهر كله مؤجلا ليس لها ان تمنع نفسها لاسقاطها حقها بالتأجيل كما في البيع وفيه خلاف ابي يوسف رحمه الله وان دخل بها فكذلك الجواب عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ليس لها ان تمنع نفسها والخلاف فيما اذا كان الدخول برضاها حتى لوكانت مكرهة وكانت صبية او مجنونة لا يسقط حقها في الحبس بالاتفاق وعلى هذا الخلاف الخلوة بها برضاها

قوله ويصح ابراؤه اي ابراء الولي المشتري وكذا الوصي وهذا اذا اخذ او ابرأ ماهو واجب للصبي بعقدهما واما اذا لم يكن واجبا بعقدهما لا يجوز بالاجماع **قوله** ويملك قبضه اي يملك الولي قبض الثمن بعد بلوغ الصغير **قوله** وولاية قبض المهر للاب بحكم الابوة وهذا جواب سؤال مقدر بان يقال ان الاب يملك قبض الصداق ايضا كالوكيل يملك قبض الثمن فلوصح الضمان يصير ضامنا لنفسه فاجاب بان ولاية قبض المهر للاب بحكم الابوة لاباعتبار انه عاقد **قوله** كما في البيع للبائع حق حبس المبيع حتى يستوفي الثمن فكذا للمرأة حق حبس المعقود عليه في النكاح وهومنافع البضع **قوله** لان حق الحبس لاستيفاء المستحق اي حق حبس المرأة للزوج لاستيفاء المستحق بعقد النكاح وليس له حق الاستيفاء قبل ايفاء المهر **قوله** لاسقاط حقها بالتأجيل كما في البيع اذا كان الثمن مؤجلا ليس للبائع حق حبس المبيع

ويبتني على هذا استحقاق النفقة لهما ان المعقود عليه كله قد صار مسلما اليه بالوطئة الواحدة او بالخلوة ولهذا يتأكد بها جميع المهر فلم يبق لها حق الحبس كالبائع اذا اسلم المبيع وله انها منعت منه ما قابل البدل لان كل وطئة تصرف في البضع المحترم فلا يخلى عن العوض ابانة لخطره والتأكد بالواحدة لجهالة ما وراءها فلا يصلح مزاحما للمعلوم ثم اذا وجد آخر وصار معلوما تحققت المزاحمة وصار المهر مقابلا بالكل كالعبد اذا جنى جناية يدفع كله بها ثم اذا جنى اخرى واخرى يدفع بجميعها واذا اوفاها مهرها نقلها الى حيث شاء لقوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم وقيل لا يخرجها الى بلد غير بلدها لان الغربة تؤذي وفي قرى المصر القريبة لا تتحقق الغربة قال ومن تزوج امرأة ثم اختلفا في المهر فالقول قول المرأة الى تمام مهر مثلها والقول قول الزوج فيما زاد على مهر المثل وان طلقها قبل الدخول بها فالقول قوله في نصف المهر وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح القول قوله بعد الطلاق وقبله الا ان يأتي بشيء قليل

قوله ويبتني على هذا استحقاق النفقة اذا منعت نفسها فعنده لها النفقة لانها ليست بناشزة لان الامتناع بحق وعندهما لا نفقة لها لانها ناشزة **قوله** لهما ان المعقود عليه كله قد صار مسلما اليه المعقود عليه هنا في حكم العين حتى لا يصح فيه التوقيت وقد صار مسلما بالوطئة الواحدة برضاها او بالخلوة الصحيحة وبالمنع تصير مستردة والثابت لها حق المنع عن التسليم لا حق الاسترداد بعد التسليم **قوله** وله اي لابي حنيفة رح انها منعت منه ما قابل البدل كما لو سلم البائع بعض المبيع الى المشتري لا يسقط حقه في حبس ما بقي منه **قوله** لان الغريب يؤذي وفي الكافي للعلامة النسفي رحمه الله وكثير من المشايخ على انه ليس للزوج ان يسافر بها في زماننا وان اوفاها المهر لان الغريب ممتهن ولكن ينقلها الى القرى اين احب لانه لا يتحقق الغربة وعليه الفتوى وله ان ينقلها من القرية الى المصر ومن القرية الى القرية **قوله** ومن تزوج امرأة ثم اختلفا في المهر فهذه

ومعناه ما لا يتعارف مهرا لها هو الصحيح لابي يوسف ان المرأة تدعي الزيادة والزوج ينكر والقول قول المنكر مع يمينه الا ان يأتي بشيء يكذبه الظاهر فيه وهذا لان تقوم منافع البضع ضروري فمتى امكن ايجاب شيء من المسمى لا يصار اليه ولهما ان القول في الدعاوي قول من يشهد له الظاهر والظاهر شاهد لمن يشهد له مهر المثل لانه هو الموجب الاصلي في باب النكاح وصار كالصباغ مع رب الثوب اذا اختلفا في مقدار الاجر يحكم فيه قيمة الصبغ ثم ذكر ههنا ان بعد الطلاق قبل الدخول القول قوله في نصف المهر وهذا رواية الجامع الصغير والاصل وذكر في الجامع الكبير انه يحكم متعة مثلها وهو قياس قولهما لان المتعة موجبة بعد الطلاق كمهر المثل قبله فتحكم كهو ووجه التوفيق انه وضع المسئلة في الاصل في الالف والالفين والمتعة لا تبلغ هذا المبلغ في العادة فلا يفيد تحكيمها ووضعها في الجامع الكبير في المائة والعشرة ومتعة مثلها عشرون فيفيد تحكيمها

المسئلة على وجوه اما ان اختلفا في حيوتهما او بعد موتهما اختلف ورثتهما او بعد موت احدهما فان اختلفا في حيوتهما فلا يخلو اما ان اختلفا قبل الطلاق او بعده وكل ذلك على وجهين اما ان كان الاختلاف في اصل التسمية او لم يكن او في مقدار المسمى اما اذا وقع الاختلاف في مقدار المسمى في حال قيام النكاح او بعد الفرقة بعد الدخول او موت احدهما كان القول قول المرأة الى تمام مهر مثلها او ورثتهما فالقول قول الزوج او ورثته في الزيادة في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ولو كان الاختلاف في اصل المسمى وجب مهر المثل بالاجماع ولو كان الاختلاف بعد موتهما في المقدار فالقول قول ورثة الزوج ولا يستثنى القليل وعند محمد رح الجواب فيه كالجواب في حال الحيوة وان كان في اصل المسمى فعند ابي حنيفة رح القول قول من انكره ولا يحكم مهر المثل عنده بعد موتهما ؛

قوله ومعناه ما لا يتعارف مهرا لها هو الصحيح وقال بعضهم ان يدعي ما دون

والمذكور في الجامع الصغير ساكت عن ذكر المقدار فيحمل على ما هو المذكور في الاصل وشرح قولهما فيما اذا اختلفا في حال قيام النكاح ان الزوج اذا ادعى الالف والمرأة الالفين فان كان مهر مثلها الفا او اقل فالقول قوله وان كان الفين او اكثر فالقول قولها وايهما اقام البينة في الوجهين تقبل وان اقاما البينة في الوجه الاول تقبل بينتها لانها تثبت الزيادة

العشرة والصحيح ان يدعي شيئا قليلا يعلم انه لا يتزوج مثل تلك المرأة بذلك المهر عادة لانا نجعل القول قوله بشهادة الظاهر له وقد ادعى خلاف الظاهر هنا فلم يصدق ودعوى اقل من عشرة دراهم كدعوى العشرة لانها لا تتجزى في باب النكاح وذكر بعض ما لا يتجزى كذكر كله فاذا كان الدعوى ما دون العشرة كدعوى العشرة صار كانه ادعى العشر وهي تدعي الالف فعلى قوله يكون القول قوله لان مايدعيه ليس بقليل شرعا

قوله والمذكور في الجامع الصغير ساكت عن ذكر المقدار فانه قال تزوج امرأة ثم اختلفا في المهر فيحمل على ما هو المذكور في الاصل وهو ان يختلفا في الالف والالفين **قوله** وشرح قولهما اي قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله فان مهر المثل يجعل حكما عند هما فان شهد لاحدهما فالقول قوله مع يمينه فان قيل اذا اختلفا المتبايعان في الثمن وقيمة المبيع يشهد لاحدهما لا يعتبر قوله وان شهد له الظاهر قلنا القيمة لا يمكن اثباتها ثمنا بمطلق العقد ومهر المثل يمكن اثباته بمطلق العقد فافترقا **قوله** وان اقاما البينة في الوجه الاول وهو ما اذا ادعى الزوج الالف ومهر مثلها الف

وفي الوجه الثاني بينته لانها تثبت الحط وان كان مهر مثلها الفا وخمسمائة تحالفا واذا حلفا تجب الف وخمسمائة هذا تخريج الرازي رحمة الله تعالى عليه وقال الكرخي رحمه الله تعالى يتحالفان في الفصول الثلثة ثم يحكم مهر المثل بعد ذلك ولو كان الاختلاف في اصل المسمى

قوله وفي الوجه الثاني بينته وهو ما اذا كان مهر مثلها الفين والمرأة تدعي ذلك لانها تثبت الحط وهو خلاف الظاهر البينة بينة من يثبت خلاف الظاهر **قوله** واذا حلفا يجب الف وخمسمائة الف مسمى لا يجبر الزوج فيه وخمسمائة باعتبار مهر المثل يجبر فيها الزوج ويجب ان يقرع بينهما في البداءة لعدم الرجحان لاحدهما وايهما اقام البينة قبلت بينته وان اقاما البينة قضي بالف مسمى وخمسمائة باعتبار مهر المثل لان البينتين بطلتا للتعارض ونص محمد رحمه الله في هذا الفصل ان بينة المرأة اولى لاثباتها الزيادة وذكر الامام المحبوبي رحمه الله بعد ذكر وجوب مهر المثل فيما اذا تحالفا فقال ثم اذا تحالفا يبدأ بيمين الزوج لانه ابينهما انكارا وان اقاما البينة فالبينة بينة المرأة **قوله** وهذا تخريج الرازي وقال الكرخي رحمه الله يتحالفان اولا في الفصول الثلثة وهي ان يكون مهر المثل شاهدا له او لها او يكون فوق ما يدعي الزوج ودون ما تدعيه المرأة ثم يحكم مهر المثل بعد ذلك لان ظهور مهر المثل عند عدم التسمية وانما يثبت عدم التسمية بالتحالف لان ما يدعي كل واحد منهما ينتفي بيمين صاحبه فبقي نكاحا بلا تسمية فيكون موجبه مهر المثل ووجه قول الرازي انه انما يصار الى التحالف اذا لم يمكن ترجيح قول احدهما على الآخر بشهادة الظاهر له واذا كان مهر المثل يشهد لاحدهما فالظاهر شاهد له فلا يصار الى التحالف قال شمس الائمة السرخسي رح الاصح قول الكرخي **قوله** ولو كان الاختلاف في اصل المسمى بان ادعى احدهما التسمية وانكر الآخر كان القول قول من ينكر التسمية

يجب مهر المثل بالاجماع لانه هو الاصل عندهما وعنده تعذر القضاء بالمسمى فيصار اليه ولو كان الاختلاف بعد موت احدهما فالجواب فيه كالجواب في حيوتهما لان اعتبار مهر المثل لا يسقط بموت احدهما ولو كان الاختلاف بعد موتهما في المقدار فالقول قول ورثة الزوج عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى ولا يستثنى القليل وعند ابي يوسف رحمة الله تعالى عليه القول قول الورثة الا ان يأتوا بشيء قليل وعند محمد الجواب فيه كالجواب في حالة الحيوة وان كان في اصل المسمى فعند ابي حنيفة رحمه الله القول قول من انكره فالحاصل انه لا حكم لمهر المثل عنده بعد موتهما على ما نبينه من بعد ان شاء الله تعالى واذا مات الزوجان وقد سمي لها مهر فلورثتها ان يأخذوا ذلك من ميراثه وان لم يسم لها مهرا فلا شيء لورثتها عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لورثتها المهر في الوجهين معناه المسمى في الوجه الاول ومهر المثل في الثاني اما الاول فلان المسمى دين في ذمته وقد تأكد بالموت فيقضى من تركته الا اذا علم انها ماتت اولا فيسقط نصيبه من ذلك واما الثاني فوجه قولهما ان مهر المثل صار دينا في ذمته كالمسمى فلا يسقط بالموت كما اذا مات احدهما ولابي حنيفة رحمه الله ان موتهما يدل على انقراض اقرانهما فبمهر من يقدر القاضي مهر المثل ومن بعث الى امرأته شيئا فقالت هو هدية وقال الزوج هو من المهر فالقول قوله لانه هو المملك فكان اعرف بجهة التمليك كيف وان الظاهر انه يسعى في اسقاط الواجب *

قوله ويجب مهر المثل بالاجماع لانه هو الاصل عندهما اي عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله **قوله** وعنده اي عند ابي يوسف رحمه الله تعذر القضاء بالمسمى لعدم ثبوت التسمية للاختلاف فيجب مهر المثل كما لو تزوجها ولم يسم لها مهرا **قوله** واما الثاني فهو ما اذا لم يكن سمي لها مهرا واختلفا في اصل التسمية وقد ماتا فوجه قولهما ان مهر المثل صار دينا

قال الا في الطعام الذي يؤكل فان القول قولها والمراد منه ما يكون مهيأ للاكل لانه يتعارف هدية فاما في الحنطة والشعير فالقول قوله لما بينا وقيل ما يجب عليه من الخمار والدرع

في ذمته كالمسمى فلا يسقط بالموت كما اذا مات احدهما وعليه الفتوى فقولهما قياس وقول ابي حنيفة رحمه الله استحسان ولقول ابي حنيفة رحمه الله طريقان احدهما ما استدل به ابو حنيفة رحمه الله وقال رأيت لوادعى ورثة علي رضي الله عنه على ورثة عمر رضي الله عنه مهرام كلثوم اكنت اقضى فيه بشيء وهذا اشارة الى انه انما يقول بهذا بعد تقادم العهد لان مهر المثل يختلف باختلاف الاوقات فاذا تقادم العهد وانقرض اهل ذلك العصر يتعذر على القاضي الوقوف على مقدار مهر المثل وعلى هذا الطريق اذا لم يكن العهد متقادما بان لم يختلف مهر هذه المرأة نقضي بمهر مثلها، والطريق الآخر يقتضي سقوطه وان لم يتقادم وهو ان المستحق بالنكاح ثلثة اشياء المسمى وهو الاقوى والنفقة وهي الاضعف ومهر المثل متوسط يشبه المسمى من حيث انه قيمة البضع ويشبه النفقة من حيث انه يجب بغير شرط فالمسمى لقوته لا يسقط لا بموت احدهما ولا بموتهما والنفقة لضعفها تسقط بموتهما وبموت احدهما ومهر المثل يتردد بين ذلك فليسقط بموتهما ولا يسقط بموت احدهما لان ما تردد بين اصلين توفر حظه عليهما الا ترى ان الصحابة رضي الله عنهم اختلفوا ان مهر المثل هل يسقط بموت احدهما فيكون ذلك اتفاقا منهم انه يسقط بموتهما كذا في المبسوط ؎

قوله والمراد منه ما يكون مهيأ للاكل نحو الحلوا والمشوي والفاكهة او غيره مما لا يدخر ولا يعطى في المهر عادة حتى لو لم يكن مهيأ للاكل نحو شاة حية او حنطة او دقيق او سكرا وتمرا ولوزا وعسل او سمن او فاكهة او مطعوم يبقى مثلها شهرا فالقول قوله مع يمينه فان حلف انها لم تكن هدية يحتسب له ذلك من المهر فالبينة بينته ايضا

وغيرهما ليس له ان يحسبه من المهر لان الظاهر يكذبه و الله تعالى اعلم بالصواب ٭

فصل

واذا تزوج النصراني نصرانية على ميتة او على غير مهر وذلك في دينهم جائز ودخل بها وطلقها قبل الدخول بها او مات عنها فليس لها مهر وكذلك الحربيان في دار الحرب وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وهو قولهما في الحربيين واما في الذمية فلها مهر مثلها ان مات عنها او دخل بها والمتعة ان طلقها قبل الدخول بها وقال زفر رحمة الله تعالى عليه لها مهر المثل في الحربيين ايضا له ان الشرع ما شرع ابتغاء النكاح الا بالمال وهذا الشرع وقع عاما فيثبت الحكم على العموم لهما ان اهل الحرب غير ملتزمين احكام الاسلام وولاية الالزام منقطعة لتباين الدار بخلاف اهل الذمة

لانه يثبت القضاء او البراءة من المهر والنفقة والكسوة وكذا لو اقام كل واحد منهما بينة على اقرار ما ادعاه الآخر ٭

قوله وغيرهما كمتاع البيت وفي الفتاوى الظهيرية وههنا مسئلة عجيبة وهي انه لا يجب على الزوج حقها ويجب عليه حق امتها لانها منهية عن الخروج دون امتها والله تعالى اعلم ٭

فصل

قوله واذا تزوج النصراني نصرانية الى قوله فليس لها مهر يعني وان اسلما كذا في المبسوط **قوله** ما شرع ابتغاء النكاح الا بالمال قال الله تعالى ان تبتغوا باموالكم **قوله** وهذا الشرع وقع عاما لانه عليه السلام بعث الى الكل قال الله تعالى قل يا ايها الناس اني رسول الله اليكم جميعا فيثبت الحكم على العموم ٭

لانهم التزموا احكامنا فيما يرجع الى المعاملات كالربوا والزنا وولاية الالزام متحققة لا تحاد الدار ولابي حنيفة رحمه الله ان اهل الذمة لايلتزمون احكامنا في الديانات وفيما يعتقدون خلافه في المعاملات وولاية الالزام بالسيف اوبالمحاجة وكل ذلك منقطع عنهم باعتبار عقد الذمة فانا امرنا بان نتركهم ومايدينون فصاروا كاهل الحرب بخلاف الزنا لانه حرام في الاديان كلها والربوا مستثنى عن عقودهم لقوله صلى الله عليه وسلم الامن اربى فليس بيننا وبينه عهد وقوله في الكتاب او على غير مهر يحتمل نفي المهر ويحتمل السكوت وقد قيل في الميتة والسكوت روايتان والاصح ان الكل على الخلاف فان تزوج الذمي ذمية على خمر او خنزير ثم اسلما او اسلم احدهما فلها الخمر والخنزير ومعناه اذا كانا باعيانهما والاسلام قبل القبض وان كانا بغير اعيانهما فلها في الخمر القيمة وفي الخنزير مهر المثل وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله لها مهر المثل في الوجهين وقال محمد لها القيمة في الوجهين

قوله لانهم التزموا احكامنا فيما يرجع الى المعاملات قال الله تعالى وَاَنِ احْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا اَنْزَلَ اللّٰهُ ووجوب مهر المثل في النكاح عند نفي المهر من احكام الاسلام فيظهر في حقهم كما يظهر حكم الربوا والزنا **قوله** ولابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه ان اهل الذمة لا يلتزمون احكامنا في الديانات كالصلوة والزكوة والصوم وفيما يعتقدون بخلافه في المعاملات كبيع الخنزير **قوله** والربوا مستثنى عن عقودهم اي عقد اهل الذمة لقوله عليه السلام الامن اربى فليس بيننا وبينه عهد وقال الله تعالى واخذهم الربوا وقد نهوا عنه بين انه كان حراما في دينهم اما النكاح بغير مهر فجائز في دينهم كما لو تزوجها على خمر ولان المهر لو وجب لا يخلوا ما

وجه قولهما ان القبض مؤكد للملك فى المقبوض فيكون له شبه بالعقد فيمتنع بسبب الاسلام كالعقد وصار كما اذا كانا بغيراعيانهما واذا التحقت حالة القبض بحالة العقد فابو يوسف رحمه الله يقول لوكانا مسلمين وقت العقد يجب مهر المثل فكذا ههنا ومحمد رحمه الله يقول صحت التسمية لكون المسمى مالا عندهم الا انه امتنع التسليم للاسلام فتجب القيمة كما اذا هلك العبد المسمى قبل القبض ولابي حنيفة رحمه الله ان الملك فى الصداق المعين يتم بنفس العقد ولهذا تملك التصرف فيه وبالقبض ينتقل من ضمان الزوج الى ضمانها وذلك لا يمتنع بالاسلام كاسترداد الخمر المغصوب وفي غير المعين القبض موجب ملك العين فيمتنع بالاسلام بخلاف المشتري لان ملك التصرف فيه انما يستفاد بالقبض واذا تعذر القبض في غير المعين لا تجب القيمة فى الخنزير لانه من ذوات القيم .

ان يجب حقا لها او حقا للشرع لا وجه الى الاول لانها رضيت بغير مهر ولا وجه الى الثاني لانه غير مخاطب بحقوق الشرع .

قوله وجه قولهما ان القبض مؤكد للملك فى المقبوض الا ترى ان الصداق ينتصف بنفس الطلاق قبل الدخول اذا لم يكن مقبوضا وبعد القبض لا يعود شئ الى ملك الزوج الا بقضاء اورضاء وكذلك الزوائد ينتصف قبل القبض ولا ينتصف بعده خلاف محمد رحمة الله تعالى عليه وكذلك لو مر بوم الفطر والصداق عبد غير مقبوض ثم طلقها قبل الدخول لا تجب صدقة الفطر عليها بخلاف مابعد القبض وكذلك لا تجب الزكوة عليها عند ابي حنيفة رحمه الله فى المهر قبل القبض بخلاف مابعده **قوله** ولابي حنيفة رحمه الله ان الملك فى الصداق المعين يتم

كد

فيكون اخذ قيمته كاخذ عينه ولا كذلك الخمر لانها من ذوات الامثال الا ترى انه لو جاء بالقيمة قبل الاسلام تجبر على القبول في الخنزير دون الخمر ولو طلقها قبل الدخول بها فمن اوجب مهر المثل اوجب المتعة ومن اوجب القيمة اوجب نصفها والله تعالى اعلم بالصواب *

بنفس العقد لان الملك نوعان ملك رقبة وملك تصرف وكل ذلك حاصل ولهذا يملك التصرف فيه كيف شاءت ببدل او بغير بدل فالقبض هنا غير موجب ملك التصرف وملك العين وبهذه النكتة يخرج الجواب عن فصل البيع فانه اذا باع الخمر والخنزير او اشترى ثم اسلم قبل القبض حيث يفسخ البيع ويمنع عن القبض ويخرج الجواب ايضا عما اذا لم يكونا عينين حيث لا يستحق عين الخمر فيه او الخنزير بالاجماع اما البيع فان المبيع بعد القبض يستفاد ملك التصرف فيه لا قبله والاسلام مانع من القبض لشبهه بابتداء العقد ولان ضمان المبيع في يد البائع ضمان ملك حتى لو هلك يهلك على ملكه فكان قبض المشتري نا قلا لضمان الملك فاما ضمان المسمى في يد الزوج فليس ضمان ملك حتى لو هلك يهلك على ملكها ولهذا لو وجب لها القيمة فلا يكون الاسلام مانعا من القبض الناقل للضمان اذا لم يكن ضمان ملك كاسترداد المغصوب بل اولى لان في استرداد المغصوب ازالة اليد المانعة وهي يد الغاصب وليس ههنا ازالة اليد المانعة فلان لا يمنع عن القبض كان اولى *

قوله فيكون اخذ قيمته كاخذ عينه الا ترى انه لو جاء بالقيمة قبل الاسلام يجبر على القبول فيكون فيه تقدير حكم عقد باشراه في حالة الكفر لا على سنن الشرع والله تعالى اعلم بالصواب *

باب نكاح الرقيق

لا يجوز نكاح العبد والامة الا باذن مولاهما وقال مالك رحمه الله يجوز للعبد لانه يملك الطلاق فيملك النكاح ولنا قوله صلى الله عليه وسلم ايما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر ولان في تنفيذ نكاحهما تعييبهما اذ النكاح عيب فيهما فلا يملكانه بدون اذن مولاهما وكذلك المكاتب لان الكتابة اوجبت فك الحجر في حق الكسب فبقي في حق النكاح على حكم الرق ولهذا لا يملك المكاتب تزويج عبده

باب نكاح الرقيق

قوله وقال مالك رحمه الله يجوز للعبد قيد بالعبد لانه لا يجوز للامة بالاجماع لان بضعها مملوك للمولى هو يقول ان النكاح من خواص الانسان والعبد فيما هو من خواص الانسان مبقى على اصل الحرية اذ هو مملوك للمولى من حيث انه مال لا من حيث انه آدمي الا ترى انه يملك الطلاق الذي هو ضار محض حتى لا يملك الصبي العاقل وان اذن له وليه فلان يملك النكاح الذي فيه تحصينه واعفافه اولى **قوله** لانه يملك الطلاق فيملك النكاح لان الطلاق حكم يستفاد من النكاح فلما كان اهلا لحكمه بغير اذن المولى كان اهلا لسببه **قوله** اذ النكاح عيب فيهما اما في العبد فلشغل ماليته بالمهر والنفقة وماليته ملك المولى واما في الامة فلانه يحرم عليه بضعها والاستمتاع بها الا ترى انه لو باع رقبته بمال لم يجز مع ان نفعه يعود الى المولى فلان لا يجوز النكاح ولا منفعة للمولى في عقده اولى فان قيل يشكل على هذا صحة اقراره بالحدود والقصاص فان وجوب قطع اليد في السرقة والقصاص عيب فيهما على قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله واما على قول ابي حنيفة رحمه الله بمنزلة الاستحقاق وهو ايضا اقوى العيوب فولايته على هذا التعيب يبطل هذه النكتة قلنا العبد لا يصير مملوكا لما لكه

و يملك تزويج امته لانه باب الاكتساب و كذا المكاتبة لا تملك تزويج نفسها بدون اذن المولى وتملك تزويج امتها لما بينا وكذا المدبر وام الولد لان الملك فيهما قائم واذا تزوج العبد باذن مولاه فالمهر دين في رقبته يباع فيه لان هذا دين وجب في رقبة العبد لوجود سببه من اهله وقد ظهر في حق المولى لصدور الاذن من جهته فيتعلق برقبته دفعا للمضرة عن اصحاب الديون كما في دين التجارة والمدبر والمكاتب يسعيان في المهر ولا يباعان فيه لانهما لا يحتملان النقل من ملك الى ملك مع بقاء الكتابة والتدبير فيؤدي من كسبهما لا من نفسهما واذا تزوج العبد بغير اذن مولاه فقال المولى طلقها او فارقها فليس هذا باجازة لانه يحتمل الرد لان رد هذا العقد ومتاركته يسمى طلاقا ومفارقة وهو اليق بحال العبد المتمرد

فيما يتعلق به خطاب الشرع ثم الحدود والقصاص انما وجبت عقوبة وجزاء على هتك حرمة لزمت العبد شرعا وصيانة هتك الحرمات واجبة على من خوطب بها والعبد منه وما ثبت من التعيب ثبت في ضمن صيانة الواجب شرعا لله تعالى فلا يبالى به واما النكاح فعقد ازدواج واقتضاء شهوة كل واحد من الزوجين من صاحبه فلا يملك الا بملك الرقبة والرقبة للمولى فلا يصح بدون اذنه •

قوله ويملك تزويج امته لانه من باب الاكتساب اي اكتساب الولد لانه يتبع الام واكتساب المهر والنفقة **قوله** ويملك تزويج امتها لما بينا اي لانه من باب الاكتساب **قوله** لوجود سببه وهو النكاح اذ هو لم يشرع بلا مهر **قوله** فقال المولى طلقها او فارقها فليس هذا باجازة وقال ابن ابي ليلى يكون اجازة لان الطلاق المعهود يكون بعد النكاح ولهذا لو ادعت امرأة على رجل انه تزوجها وهو ينكر ثم طلقها فان طلاقه اقرار بانه تزوجها •

اوهوادنى فكان الحمل عليه اولى وان قال طلقها تطليقة تملك الرجعة فهذا اجازة لان الطلاق الرجعي لا يكون الا في نكاح صحيح فتتعين الاجازة

قوله اوهوادنى لانه منع من الثبوت والطلاق رفع بعده فكان الحمل عليه اولى فان قيل العمل بالحقيقة متى امكن لايصار الى المجاز والطلاق لابطال ملك النكاح حقيقة وللمتاركة مجاز وقد امكن العمل بالحقيقة هنا فلا يصار الى المجاز قلنا الحقيقة تترك عند قيام الدليل فههنا قام الدليل على عدم ارادة الحقيقة وهو التمرد على مولاه بقلة الالتفات اليه فلهذا جعل قوله طلقها مجازا عن الرد فان قيل يشكل بما لوزوج الفضولي رجلا امرأة فلما بلغ الخبر اليه قال طلقها فانه يكون اجازة قلنا لان المولى لا يقدر على التطليق فلا يملك الامر به فجعل مجازا عن رد النكاح وثمه يملك التطليق بالاجازة فيملك الامر به فتثبت الاجازة في ضمنه ولا يشكل ايضا بما اذا قالت المرأة لرجل طلقني يكون اقرارا بالنكاح وكذلك لوزوج الرجل الفضولي اربعا في عقدة وثلثا في عقدة وبلغه الخبر فطلق احدى الثلث اواحدى الاربع بغير عينها كان اجازة منه لنكاح ذلك الفريق اما الاول فان الظاهر من حالها مباشرة النكاح الصحيح فحمل عليه وهنا دليل الفساد ظاهر وهو تمرده على مولاه بالنكاح بغير اذنه واما الثاني فان قول الزوج لا يصح الابان يحمل على الطلاق لانه ان وقع في التي صح نكاحهن صح كلامه وان وقع في التي لم يصح نكاحهن لا يصح كلامه فجعل منه اجازة للعقد تصحيحا لكلامه وهنا قول المولى صحيح في الحالين سواء كان امرا بالطلاق او بالمتاركة **قوله** وان قال طلقها تطليقة رجعية فهو اجازة وكذا اذا قال وقع عليها تطليقة او طلقها تطليقة يقع عليها *

ومن قال لعبده تزوج هذه الامة فتزوجها نكاحا فاسدا ودخل بها فانه يباع في المهر عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يؤخذ منه اذا اعتق واصله ان الاذن في النكاح ينتظم الفاسد والجائز عنده فيكون هذا المهر ظاهرا في حق المولى وعندهما ينصرف الى الجائز لا غير فلا يكون ظاهرا في حق المولى فيؤاخذ به بعد العتاق لهما ان المقصود من النكاح في المستقبل الاعفاف والتحصين وذلك بالجائز ولهذا لو حلف لا يتزوج ينصرف الى الجائز بخلاف البيع لان بعض المقاصد في البيع الفاسد حاصل وهو ملك التصرفات وله ان اللفظ مطلق فيجري على اطلاقه كما في البيع وبعض المقاصد في النكاح الفاسد حاصل كالنسب ووجوب المهر والعدة على اعتبار وجود الوطيء ومسئلة اليمين ممنوعة على هذه الطريقة ومن زوج عبدا مديونا ماذونا له امرأة جاز والمرأة اسوة للغرماء في مهرها ومعناه اذا كان النكاح بمهر المثل ووجهه ان سبب ولاية المولى ملكه الرقبة على ما نذكره والنكاح لا يلاقي حق الغرماء بالابطال مقصودا الا انه اذا صح النكاح

قوله ومن قال لعبده تزوج هذه الامة الاشارة الى الامة المعينة ليست بقيد وكذا الحكم فيما اذا قال له تزوج امرأة **قوله** ولهذا لو حلف لا يتزوج انما قيد بالمستقبل لانه لو حلف وقال انه ما تزوج امرأة في الماضي وقد كان تزوج فاسدا او صحيحا كان حانثا في يمينه كذا في المبسوط **قوله** كما في البيع فان امره بالبيع ينتظم الجائز والفاسد **قوله** ومسئلة اليمين ممنوعة على هذه الطريقة وهي طريقة اجراء اللفظ المطلق على اطلاقه ولئن كان قول الكل فالعذر لابي حنيفة رحمه الله ان ثمه تقيد بالعرف ومبنى الايمان على العرف وكذا التوكيل في النكاح عند ابي حنيفة رحمه الله ينتظم الجائز والفاسد حتى لو زوج امرأة نكاحا فاسدا تنتهي به الوكالة وهذا لان الفساد والصحة صفتا العقد والاذن من المولى

وجب الدين بسبب لا مردله فشابه دين الاستهلاك وصار كالمريض المديون اذا تزوج امرأة فبمهرمثلها اسوة للغرماء ومن زوج امته فليس عليه ان يبؤها بيت الزوج ولكنها تخدم المولى ويقال للزوج متى ظفرت بها وطئتها لان حق المولى في الاستخدام باق والتبوية ابطال له فان بواها معه بيتا فلها النفقة والسكنى والا فلا لان النفقة تقابل الاحتباس ولو بواها بيتا ثم بداله ان يستخدمها له ذلك لان الحق باق لبقاء الملك فلايسقط بالتبوية كما لا يسقط بالنكاح قال رضي الله عنه ذكرتزويج المولى عبده وامته ولم يذكر رضاهما وهذا يرجع الى مذهبنا ان للمولى اجبارهما على النكاح وعند الشافعي رحمه الله لا اجبار في العبد وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله لان النكاح من خصائص الآدمية والعبد داخل تحت ملك المولى من حيث انه مال فلايملك انكاحه بخلاف الامة لانه مالك منافع بضعها فملك تمليكها ولنا ان الانكاح اصلاح ملكه لان فيه تحصينه عن الزنا الذي هو سبب الهلاك اوالنقصان

في اصل العقد فلا يتقيد بصفة دون صفة كالاذن في البيع والشراء ولان الحاجة الى اذن المولى لشغل رقبته بالمهر لا لتملك البضع لانه في حقه مبقى على اصل الحرية بدليل تمكنه من ازالة هذا الملك بلا استطلاع رأي المولى والفاسد فيه مثل الجائز لان الشغل يتعلق بهما بخلاف مسئلة اليمين فانه منع نفسه عن تملك البضع وعن شغل ذمته بالمهر وهو يملك كليهما على نفسه فيصح المنع منهما ولا يتصور المنع منهما الا بالنكاح الجائز لان تملك البضع لايثبت بالفاسد وهنا الامر في حق تملك البضع لا يصح وانما يصح لشغل الرقبة بالمهر وذا يتحقق بالجائز والفاسد فانصرف الامر اليهما۔

قوله وجب الدين بسبب لا مردله وهو صحة النكاح فشابه دين الاستهلاك اذا استهلك المأذون المديون عين انسان صار صاحب العين اسوة للغرماء

فيملكه اعتبارا بالامة بخلاف المكاتب والمكاتبة لانهما التحقا بالاحرار تصرفا فيشترط رضاهما ٠

قال ومن زوج امته ثم قتلها قبل ان يدخل بها زوجها فلا مهر لها عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا عليه المهر لمولاها اعتبارا بموتها حتف انفها وهذا لان المقتول ميت باجله فصار كما اذا قتلها اجنبي وله انه منع المبدل قبل التسليم فيجازى بمنع البدل

قوله فيملكه اعتبارا بالامة فان في الامة انما ينعقد عقد المولى عليها بملك رقبتها لا يملكه ما يملك بالنكاح فان ولاية التزويج لا تستند على ملك ما يملك بالنكاح طردا وعكسا الا ترى ان الولي تزوج الصغيرة ولا يملك ما يملك عليها بالنكاح والزوج لا تزوج امرأته وهو مالك عليها ما يملك بالنكاح وهذا موجود في جانب العبد وما قاله انه غير مملوك للمولى عليه فاسد لان العبد لا يستبد بالنكاح بالاتفاق ومالا يملكه المولى من عبده فالعبد فيه مبقى على اصل الحرية فيستبد به وان كان فيه ضرر المولى كالاقرار بالقصاص وايقاع الطلاق على زوجته واما عدم ملك طلاق امرأة عبده لما ان ازالة الحل لمن وقع له الحل فالحل واقع للعبد فكان الرفع له ايضا **قوله** وهذا لان المقتول ميت باجله اذ الموت عبارة عن انتهاء ايام الحيوة وبالقتل تنتهي ايام حيوته ولهذا لو قال لعبده فان مت فانت حر فقتل عتق وانما اعتبر القتل قطعا للحيوة في حق القاتل اذ الزمه ضمان من دية او قصاص اذ الضمان يختص بالعقل لقتل ولم يتعلق بقتل المولى امته ضمان فاعتبر في حقه موتا لا قطعا للحيوة فهو لا يمنع وجوب المهر كما لو قتلها اجنبي وكما لو قتلت الحرة نفسها وقتل السيد زوجها وقتلت الامة نفسها **قوله** ولما انه منع المبدل الى قوله والقتل في حق احكام الدنيا جعل اتلافا يريد به اذ الزم القاتل حكم من احكام القتل في الدنيا وان كان موتا عند الله تعالى وقد ثبت حكم القتل

كما اذا ارتدت الحرة والقتل في حق احكام الدنيا جعل اتلافا حتى وجب القصاص والدية فكذا في حق المهر وان قتلت حرة نفسها قبل ان يدخل بها زوجها فلها المهر خلافا لزفر رحمة الله تعالى عليه هو يعتبره بالردة وبقتل المولى امته

في قتل المولى امته وهي الكفارة وانما بطل القود لفوات الفائدة لاستحالة ان يجب له عليه واذا قتلت نفسها اوقتلها اجنبي لم يوجد منع المبدل ممن له البدل واذا قتل المولى زوجها قبل الدخول فما منع المعقود عليه من العاقد بل منع العاقد عن المعقود عليه وهذا لايوجب سقوط البدل كالبائع اذا قتل المشتري قبل تسليم المبيع اليه ومتى قتل المبيع قبل التسليم سقط البدل ولا يلزم علي هذا ارتضاع الصغيرة المنكوحة من ام زوجها وتقبيل المجنونة ابن زوجها بشهوة قبل الدخول فان المهر لايسقط وان يتحقق منع المعقود عليه من العاقد قبل التسليم لانهما ليستا من اهل المجازاة فان المجنونة او الصغيرة اذا قتلت اباها لاتحرم عن الارث ولا تجب الكفارة لانهما يجبان جزاء بخلاف المولى فانه من اهل المجازاة حتى قالوا لوكان القاتل صبيا يجب ان لا يسقط المهر عند ابي حنيفة رحمه الله فان قيل اليس ان الصغيرة العاقلة اذا ارتدت تجازى بسقوط المهر ان كان قبل الدخول فقد جعلت الصغيرة من اهل المجازاة قلنا انما لاتجازى على افعال لا تكون محظورة في حقها والردة محظورة من الصبية العاقلة بدليل انها تحرم عن الميراث بسبب الردة وتستتاب بالحبس ولان القتل يحل في بعض المواضع والردة لا تحل في موضع ما فلا يلزم من حظر الردة حظرا لقتل في حقها•

قوله كما اذا ارتدت الحرة اذا ارتدت قبل الدخول بها يسقط المهر رواية واحدة والامة اذا ارتدت اوقبلت ابن زوجها فقد ذكر في الفوائد لارواية فيه من اصحابنا رحمهم الله ان المهر يسقط ام لا من المشايخ من قال لايسقط لان المنع ماجاء من قبل من له الحق وهو المولى

كو

والجامع ما بيناه ولنا ان جناية المرء على نفسه غير معتبرة في حق احكام الدنيا فشابه موتها حتف انفها بخلاف قتل المولى امته لانه يعتبر في احكام الدنيا حتى تجب الكفارة عليه

حتى يجازى بمنع البدل ومنهم من يقول يسقط لان المهر يجب لها ثم ينتقل الى مولاها اذا فرغ عن حاجتها حتى لو كان عليها دين يصرف المهر الى دينها * **قوله** والجامع ما بيناه وهو قوله انه منع المبدل **قوله** ولنا ان جناية المرء على نفسه غير معتبرة في حق احكام الدنيا حتى يغسل ويصلى عليه فشابه موتها حتف انفها وهذا لان قتلها نفسها كموتها حتف انفها اذ لا يمكن اضافة قتلها اليها حقيقة لان تمام القتل بالموت ولا يتم الا عند سقوط اهلية الفعل فلا يصح تحقيق الفعل منها ولهذا قال ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى انها تغسل وتصلى عليها وانما ينسب القتل اليها مجازا وكذا حكما لانه لم يثبت عليها شيء من احكام القتل فبقي موتا حقيقة وحكما وتفويت المعقود عليه يتحقق بعد الموت وبعده لم يبق اهلا للفعل اصلا فلا يضاف التفويت اليها والمولى اهل للفعل فيضاف اليه ولان قتل الحرة نفسها لو اعتبر تفويتا انما يعتبر تفويتا بعد الموت وبالموت ينتقل المهر الى الورثة فلا يسقط بتفويتها اما في الامة مهرها ملك المولى فكان فعله بابطال المبدل ابطالا لحق نفسه وهو يملك ابطال حق نفسه هذا كمن قال لغيره اقتل عبدي فقتله لا تجب القيمة على القاتل والحر اذا قال لرجل اقتلني فقتله كان عليه ديته ولا يصح اذنه في ابطال حق الورثة كذلك ههنا فان قيل هذا يشكل بالحرة اذا قتلها وارثها فانه لا يسقط المهر ايضا قلنا انما لا يسقط المهر لان الوارث صار محروما عن الميراث فلم يصر مبطلا حق نفسه في المهر فكذلك لم يبطل المهر بابطال حقه في المهر

واذا تزوج امته فالاذن فى العزل الى المولى عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى وعن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى ان الاذن اليها لان الوطئ حقها حتى تثبت لها ولاية المطالبة وفى العزل تنقيص حقها فيشترط رضاها كما فى الحرة بخلاف الامة المملوكة لانه لامطالبة لها فلا يعتبر رضاها وجه ظاهر الرواية ان العزل يخل بمقصود الولد وهو حق المولى فيعتبر رضاه وبهذا فارق الحرة وان تزوجت باذن مولاها ثم اعتقت فلها الخيار حراكان زوجها اوعبدا لقوله عليه الصلوة والسلام لبريرة حين اعتقت ملكت بضعك فاختاري فالتعليل بملك البضع صدر مطلقا فينتظم الفصلين

قوله فالاذن فى العزل الى المولى اعلم ان العزل جائز فى الجملة لما روي ان النبي عليه السلام قال اعزلوهن اولا تعزلوهن ان الله تعالى اذا اراد خلق نسمة فهو خالقها خير بين العزل وتركه فدل انه مباح ولانه ليس فى العزل الا الامتناع عن اكتساب سبب الولد وانه جائز كوطئ الحامل وقال بعض الناس لا يجوز العزل لانه عليه السلام سئل عنه فقال تلك المؤدة الصغرى وعلى هذا الخلاف اذا وجدت الامة زوجها عنينا وفي كراهة الفتاوى ان خاف من الولد السوء يسعه ان يعزل عنها وان كانت حرة لسوء الزمان وكذا الوعالجت لاسقاط الولد لايأثم ما لم يستبن شيء من خلقه وانما يستبين خلقه في مائة وعشرين يوما **قوله** وجه ظاهر الرواية ان العزل يخل بمقصود الولد وهو حق المولى لان الامة لاحق لها في قضاء الشهوة لان النكاح لم يشرع حقا لها ابتداء وبقاء فانها لاتتمكن من مطالبة سيدها بالتزوج وانما كانت الكراهة للولد والحق فى الولد للمولى لا لها فيشترط رضاه لا رضاها ولهذا فارق الحرة فان الولد حقها **قوله** فالتعليل بملك البضع صدر مطلقا اي من غير قيد بان يكون الزوج حرا اوعبدا فينتظم الفصلين •

والشافعي رحمه الله يخالفنا فيما اذا كان زوجها حرا وهو محجوج به ولانه يزداد الملك عليها عند العتق فيملك الزوج بعده ثلث تطليقات فتملك رفع اصل العقد دفعا للزيادة وكذلك المكاتبة يعني اذا تزوجت باذن مولاها ثم عتقت وقال زفر رحمه الله تعالى عليه لاخيار لها لان العقد نفذ عليها برضاها وكان المهر لها فلامعنى لاثبات الخيار بخلاف الامة لانه لا يعتبر رضاها ولنا ان العلة ازدياد الملك وقدوجدناها في المكاتبة لان عدتها قرآن وطلاقها ثنتان وان تزوجت امة بغيراذن مولاها ثم اعتقت صح النكاح لانها من اهل العبارة وامتناع النفوذ لحق المولى وقد زال ولا خيار لها لان النفوذ بعد العتق فلا تتحقق زيادة الملك كما اذا زوجت نفسها بعد العتق

قوله والشافعي رحمه الله تعالى يخالفنا فيما اذا كان زوجها حراوهو محجوج به اي بتعليل النبي عليه السلام يملك البضع وعنده علة ثبوت الخيار ملك البضع وعدم الكفاءة وهما لا يوجد ان فيما اذا كان زوجها حرا **قوله** ولانه يزداد الملك عليها عند العتق هذا الا يلزم الشافعي رحمه الله لان الطلاق عنده معتبربالرجال فلم يزدد الملك **قوله** وان تزوجت امة بغيراذن مولاها الحكم في العبد كذلك وتخصيص الامة لبناء مسئلة المهر عليها **قوله** ثم اعتقت صح النكاح لانها من اهل العبارة فان قيل يشكل هذا بالشراء فان الامة اذا اشترت ثم اعتقها المولى فان الشراء يبطل قلنا انما كان كذلك لان الشراء انعقد موجبا للملك للمولى حين اشترت فلونفذ بعد عتقها كان موجبا للملك لها فينغير حكم من له الحق واما ههنا فانعقد العقد موجبا للحل لها ابتداء وانتهاء **قوله** وامتناع النفوذلحق المولى وقد زال فان قيل يرد على هذا الاصل نقوض منها ان العبد اذا تزوج بغيراذن مولاه ثم اذن له المولى في النكاح لايجوزالنكاح المباشر بدون الاجازة ومنها ان الفضولي اذا زوج رجلا امرأة ثم وكله الزوج بالنكاح

فان كانت تزوجت بغير اذنه على الف ومهر مثلها مائة فدخل بها زوجها ثم اعتقها مولاها فالمهر للمولى لانه استوفى منافع مملوكة للمولى

لا يجوز النكاح المباشر بدون الاجازة ومنها ان الصغيرة اذا كان لها وليان احدهما اقرب والآخر ابعد فزوجها الا بعد حال قيام الاقرب فان مات الاقرب اوغاب غيبة منقطعة حتى تحولت الولاية الى الابعد لا يجوز الا باجازة مستانفة ومنها ان المولى اذا زوج مكاتبته الصغيرة من انسان توقف النكاح على اجازتها فان اذنت وعتقت لا يجوز ذلك النكاح الا باجازة مستقبلة قلنا اما الجواب عن الاول فان الاذن فك الحجر عن التصرف ولو جاز النكاح المباشر قبل الاذن لا يقع الاذن فكا فيمتنع وقضية هذا ان لا يجوز باجازة مستقبلة قياسا الا انا استحسنا وقلنا بالجواز عند الاجازة لقيام الاجازة مقام النكاح كما في نكاح الفضولي وهكذا نقول في الوكيل واما الجواب عن الثالث فان الابعد حين باشره لم يكن وليا ومن لم يكن اليه الولاية في شيء لا يتأتى في عواقبه بل يتأتى في ذلك اتكالا على رأي الاقرب فلم يكن النكاح على الوجه الاصلح فيجب توقيفه على اجازته بعد صيرورته وليا تمكينا له من اكتساب اصلح النكاحين وبهذا الحرف يقع الانفصال عن النقض الرابع كذا في الفوائد الظهيرية .

قوله فان كانت تزوجت بغير اذن مولاها على الف ومهر مثلها مائة فدخل بها زوجها ثم اعتقها مولاها فالمهر للمولى لانه استوفى منافع مملوكة للمولى فان قيل ينبغي ان يجب مهران مهر المثل بالدخول قبل نفاذ النكاح بناء على العقد الموقوف ومهر بالنكاح وهو المسمى كمن قال لاجنبية ان تزوجتك فانت طالق فتزوجها ودخل بها طلقت وعليه نصف المسمى بالطلاق قبل الدخول بحكم العقد ومهر بالدخول بعد الطلاق قلنا القياس كذلك ولكنا استحسنا واوجبنا مهرا واحدا

وان لم يدخل بها حتى اعتقها فالمهرلها لانه استوفى منافع مملوكة لها والمراد بالمهر الالف المسمى لان نفاذ العقد بالعتق استند الى وقت وجود العقد فصحت التسمية ووجب المسمى ولهذا لم يجب مهر آخر بالوطئ في نكاح موقوف لان العقد قد اتحد باستناد النفاذ فلا يوجب الامهرا واحدا **قال** ومن وطئ امة ابنه فولدت منه فهي ام ولد له وعليه قيمتها ولامهر عليه ومعنى المسئلة ان يدعيه الاب ووجهه ان له ولاية تملك مال ابنه للحاجة الى البقاء فله تملك جاريته للحاجة الى صيانة الماء غير ان الحاجة الى ابقاء نسله دونها الى ابقاء نفسه فلهذا يتملك الجارية بالقيمة والطعام بغير القيمة

وهو المسمى وقت العقد لان العقد استند جوازه الى الاصل فصار ذلك العقد الموجود عاملا من الابتداء كان الاذن كان مقترنا به فيجب مهر واحد وهذا لانه لو وجب المهر بالدخول لوجب بحكم العقد اذ لولاه لوجب الحد فكان المهر واجبا بالدخول مضافا الى العقد فايجاب مهر آخر بالعقد جمع بين المهرين بعقد واحد وانه ممتنع فان قالوا حكم النفاذ لايظهر في المستوفى لانه معدوم والاستناد انما يظهر في الموجود لا في المعدوم قلنا بل يظهر هنا لان المستوفى له حكم الاعيان عندنا او يقال اظهرنا حكم الاذن في البضع وهو موجود وما ورد الاستيفاء الا في بضع واحد فيجب عليه بدل واحد *

قوله وان لم يدخل بها حتى اعتقها فالمهر لها لانه استوفى منافع مملوكة لها فان قيل ينبغي ان يجب المهر لسيدها لاستناد الجواز الى الاصل كما لو تزوجت باذن المولى ولم يدخل بها حتى اعتقها قلنا حكم الاستناد يظهر فيما لا يختلف مستحقه وهنا يختلف لان المستحق زمان الثبوت الامة وزمان العقد السيد واذا كان المستحق زمان الثبوت الامة يمتنع استناد هذا الاستحقاق الى زمان العقد لانه لو استند هذا الاستحقاق الى زمان العقد يبطل هذا الاستحقاق زمان الثبوت فيبطل الاستناد من حيث ثبت *

ثم هذا الملك يثبت قبيل الاستيلاد شرطا له اذ المصحح حقيقة الملك او حقه وكل ذلك غير ثابت للاب فيها حتى يجوز له التزوج بها فلا بد من تقديمه فيتبين ان الوطئ يلاقي ملكه فلا يلزمه العقر وقال زفر والشافعي رحمهما الله يجب المهر لانهما يثبتان الملك حكما للاستيلاد كما في الجارية المشتركة وحكم الشي يعقبه والمسئلة معروفة ٭

قال ولو كان الابن زوجها اباه فولدت لم تصر ام ولد له ولا قيمة عليه وعليه المهر وولدها حر لانه صح التزوج عندنا خلافا للشافعي رحمه الله لخلوها عن ملك الاب الا ترى ان الابن ملكها من كل وجه فمن المحال ان يملكها الاب من وجه وكذا يملك من التصرفات

قوله ثم هذا الملك يثبت قبيل الاستيلاد شرطا له وقال زفر والشافعي رحمهما الله تعالى يجب المهر لانهما يثبتان الملك حكما للاستيلاد ولا يلزم على هذا اذا كانت مشتركة بين الاب والابن وولدت ولدا فادعاه الاب يثبت النسب ويجب العقر اجماعا لان ملك البعض يكفي لصحة الاستيلاد فلا ضرورة في تقديم الملك شرطا له فيثبت الملك في نصيب الابن حكما للاستيلاد فيجب العقر ولا يلزم ايضا ما اذا وطئ الاب جارية الابن وطئا غير معلق يجب العقر لان اثبات الملك بصفة التقديم كان لصيانة فعله عن الحرمة وصيانة الولد من الرق وهذا المجموع لا يتأتى ههنا ولا يلزم ايضا ما اذا استولد جارية ابنه ثم قذفه انسان لا يحد ولو كان الملك ثابتا بوصف التقدم لوجب الحد على قاذفه لان الملك بوصف التقدم مجتهد فيه فيكون الوطئ حراما عند البعض فيتمكن فيه شبهة الزنا وبالشبهة تدرء الحدود **قوله** فمن المحال ان يملكها الاب من وجه لانه اذا ثبت للاب من وجه لا يثبت للابن من ذلك الوجه فدل ان وطئ الاب جارية ابنه حرام وقال ابن ابي ليلى لا باس للرجل ان يطأ جارية ابنه اذا احتاج اليه وهو مذهب انس بن مالك رضي الله عنه ولكن الصحيح قول الجمهور وذكر الامام

مالا يبقى معها ملك الاب لوكان فدل ذلك على انتفاء ملكه الا انه يسقط الحد للشبهة فاذا جاز النكاح صار ماؤه مصونا به فلم يثبت ملك اليمين فلا تصير ام ولد له ولا قيمة عليه فيها ولا في ولدها لانه لم يملكهما وعليه المهر لالتزامه بالنكاح وولدها حر لانه ملكه اخوه فعتق عليه بالقرابة •

قال واذا كانت الحرة تحت عبد فقالت لمولاه اعتقه عني بالف ففعل فسد النكاح وقال زفر رحمه الله تعالى لا يفسد واصله انه يقع العتق عن الآمر عندنا حتى يكون الولاء له ولو نوى به الكفارة يخرج عن عهدتها وعنده يقع عن المأمور لانه طلب ان يعتق المأمور عبده عنه وهذا محال لانه لاعتق فيما لايملكه ابن آدم فلم يصح الطلب فيقع العتق عن المأمور ولنا انه امكن تصحيحه بتقديم الملك بطريق الاقتضاء اذ الملك شرط لصحة العتق عنه فيصير قوله اعتق طلب التمليك منه بالالف ثم امره باعتاق عبد الآمر عنه وقوله اعتقت تمليكا منه ثم الاعتاق عنه واذا ثبت الملك للآمر فسد النكاح للتنافي بين الملكين ولو قالت اعتقه عني ولم تسم مالا لم يفسد النكاح والولاء للمعتق وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وقال ابو يوسف رحمه الله تعالى هذا والاول سواء لانه يقدم التمليك بغير عوض تصحيحا لتصرفه ويسقط اعتبار القبض

التمرتاشي رحمه الله هذا اذا كان الاب حرا مسلما واما اذا كان عبدا او مكاتبا او كافرا لم يجز دعوته لعدم الولاية والجد كالاب عند عدم الاب واما اب الام فلا لانه لا ولاية له بحال •

قوله مالا يبقى معها ملك الاب لوكان كالبيع والهبة **قوله** واذا ثبت الملك للآمر فسد النكاح فان قيل ينبغي ان لا يبطل النكاح لان الملك هنا كما يثبت يزول حكما للاعتاق فلم يكن متقررا فلا يبطل به النكاح كالوكيل اذا اشترى منكوحته قلنا الملك يثبت للموكل ابتداء في الصحيح من المذهب ولئن ثبت للوكيل ثم ينتقل عنه كما زعم البعض فانما لا يفسد النكاح

كما اذا كان عليه كفارة الظهار فامر غيره ان يطعم عنه ولهما ان الهبة من شرطها القبض بالنص فلا يمكن اسقاطه ولا اثباته اقتضاء لانه فعل حسي بخلاف البيع لانه تصرف شرعي وفي تلك المسئلة الفقير ينوب عن الآمر في القبض

النكاح به لانه تعلق به حق غيره زمان الثبوت ومثله لا يفسد النكاح وفيما نحن فيه لم يتعلق به حق غيره فيفسد به النكاح فان قيل اليس انه لو قال لعبده كفر يمينك بالمال فانه لا يعتق ولا يتمكن من التكفير بالمال الا بالعتق فكان ينبغي ان يثبت العتق اقتضاء قلنا الحرية لا تصلح ان تثبت اقتضاء لان الثابت اقتضاء ثابت تبعا وبالحرية يصير اهلا للتكفير بالمال فكانت اصلا لا تبعا فلا تثبت اقتضاء الا ترى ان الكفار لم يخاطبوا بالشرائع لانها لا تعتبر بلا ايمان ولا تثبت اقتضاء لانه تثبت اهلية ادائها فلا تثبت وعلى هذا يخرج قوله تزوج اربعا فان قيل ينبغي ان لا يفسد النكاح لان الثابت بالضرورة يتقدر بقدرها والضرورة في ثبوت العتق عن الآمر لا في فساد النكاح قلنا الشيء اذا ثبت ثبت بلوازمه وضروراته اذ لو لم تثبت لوازمه لاستحال ثبوته لان عدم اللازم يدل على عدم الملزوم ومن لوازم ثبوت الملك العاري عن تعلق حق الغير به فساد النكاح فيفسد فان قيل اذا صرح بالمقتضى وهو التمليك لا يصح العتق عن الآمر بل يقع عن المأمور ذكره في التقويم فلا يكون مقتضاه اقوى من التصريح قلنا كم من شيء يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا كبيع الاجنة في ارحام الامهات فانه يثبت ضمنا وان كان لا يثبت قصدا وكذلك الحكم في جنين الاضحية والجندي يصير مقيما باقامة السلطان في المصر وان كان الجندي في المفازة *

قوله كما اذا كان عليه كفارة الظهار فامر غيره ان يطعم عنه بان قال لآخر اطعم عني عن كفارة يميني عشرة مساكين فاطعم عنه تسقط عنه الكفارة ويصير ذلك قرضا على الآمر فقد سقط القبض وان كان لا يثبت الملك للمستقرض قبل القبض **قوله** ولهما ان الهبة من شرطها القبض ولا يمكن اسقاطه لانه انما يسقط تبعا ما يحتمل

اما العبد فلا يقع في يده شيء لينوب عنه والله تعالى اعلم بالصواب *

باب نكاح اهل الشرك

واذا تزوج الكافر بغير شهود او في عدة كافر وذلك في دينهم جائز ثم اسلما اقرا عليه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال زفر رحمه الله النكاح فاسد في الوجهين الا انه لا يتعرض لهم قبل الاسلام او المرافعة الى الحكام وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله في الوجه الاول كما قال ابو حنيفة رحمه الله وفي الوجه الثاني كما قال زفر رحمه الله له ان الخطابات عامة على ما مر من قبل فتلزمهم وانما لا يتعرض لهم لذمتهم اعراضا لا تقريرا فاذا ترافعوا او اسلموا والحرمة قائمة وجب التفريق ولهما ان حرمة نكاح المعتدة مجمع عليها فكانوا ملتزمين لها وحرمة النكاح بغير شهود مختلف فيها ولم يلتزموا احكامنا بجميع الاختلافات ولابي حنيفة رحمه الله ان الحرمة لا يمكن اثباتها حقا للشرع لانهم لا يخاطبون

السقوط والقبض في الهبة لا يحتمل السقوط بحال فلا يعمل فيه دليل السقوط وهو التبعية والركن في البيع يحتمل السقوط كما في بيع التعاطي فان قيل اليس انه لو قال لآخر اعتق عبدك عني بالف درهم ورطل من خمر انه يصح ويعتق عنه وان لم يوجد القبض والبيع الفاسد كالهبة في اشتراط القبض قلنا قد ذكر الكرخي رحمه الله ان العتق يقع عن المأمور هنا على قولهما والمذكور قول ابي يوسف رحمه الله ولئن سلم فالبيع الفاسد مشروع كالصحيح فاحتمل ان يسقط القبض عنه فيصح اسقاطه اقتضاء لان الفاسد يلحق بالجائز ويتعرف منه حكمه

قوله اما العبد فلا يقع في يده شيء لان الاعتاق اتلاف للملك والله اعلم بالصواب *

باب نكاح اهل الشرك

قوله واذا تزوج المجوسي امه او ابنته ثم اسلما فرق بينهما لان نكاح المحارم له حكم البطلان

بحقوقه ولا وجه الى ايجاب العدة حقا للزوج لانه لايعتقده بخلاف ما اذا كانت تحت مسلم لانه يعتقده واذا صح النكاح فحالة المرافعة والاسلام حالة البقاء والشهادة ليست شرطا فيها وكذا العدة لاتنافيها كالمنكوحة اذا وطئت بشبهة فان تزوج المجوسي امه اوابنته ثم اسلما فرق بينهما لان نكاح المحارم له حكم البطلان فيما بينهم عندهما كما ذكرنا في العدة ووجب التعرض بالاسلام فيفرق وعنده له حكم الصحة في الصحيح الا ان المحرمية تنافي بقاء النكاح فيفرق بخلاف العدة لانها لاتنافيه ثم باسلام احدهما يفرق بينهما وبمرافعة احدهما لا يفرق عنده خلافا لهما والفرق ان استحقاق احدهما لايبطل بمرافعة صاحبه اذلا يتغير به اعتقاده اما اعتقاد المصر بالكفر لايعارض اسلام المسلم لان الاسلام يعلو ولايعلى ولو ترافعا يفرق بالاجماع لان مرافعتهما كتحكيمهما ولايجوز ان يتزوج المرتد مسلمة ولا كافرة ولا مرتدة لانه مستحق للقتل والامهال ضرورة التأمل والنكاح يشغله عنه فلا يشرع في حقه وكذا المرتدة لا يتزوجها مسلم ولا كافر لانها محبوسة للتأمل

فيما بينهم عندهما ووجب التعرض بالاسلام فيفرق وعنده له حكم الصحة في الصحيح الا ان المحرمية تنافي بقاء النكاح كما لو اعترضت في نكاح المسلمين برضاع او مصاهرة يبطل النكاح وقوله في الصحيح احتراز عن قول مشايخ العراق فانهم قالوا له حكم الفساد اجماعا وقال مشايخنا له حكم الجواز واتفقوا على قول ابي حنيفة رحمه الله انه لا يجري الارث ويقضى بالنفقة ولا يسقط احصانه متى دخل بها واتفقوا على قوله ايضا انه لو تزوج اختين في عقدة واحدة ثم فارق احدهما قبل الاسلام ثم اسلم ان الباقية نكاحها على الصحة حتى يقران عليه وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله هذا النكاح باطل في حقهم ولايتعرض لهم بعقد الذمة لان الخطاب بحرمة هذه الانكحة شائعة في ديارنا وهم من اهل ديارنا فثبت الخطاب في حقهم لانه ليس في وسع المبلغ التبليغ الى الكل وانما في وسعه جعل

وخدمة الزوج تشغلها عنه ولانه لاينتظم بينهما المصالح والنكاح ماشرع لعينه بل لمصالحه

الخطاب شائعا فيجعل شيوع الخطاب كالوصول اليهم الا ترى انهم لايتوارثون بهذه الانكحة ولو كانت صحيحة في حقهم لتوارثوا بها ولابي حنيفة رحمه الله ان الخطاب في حقهم كانه غير نازل لانهم يكذبون المبلغ ويزعمون انه ليس برسول الله وولاية الالزام بالسيف او المحاجة وقد انقطت بعقد الذمة فقصر حكم الخطاب عنهم وشيوع الخطاب انما يعتبر في حق من يعتقد رسالة المبلغ فاذا اعتقدوا ذلك بان اسلموا ثبت حكم الخطاب في حقهم بخلاف الارث فانه ثبت بالنص بخلاف القياس فيما اذا كانت الزوجة مطلقة بنكاح صحيح فيقتصر عليه ولانه ليس من ضرورة صحة النكاح التوارث فقد يمتنع التوارث باسباب كالرق واختلاف الدين ثم اذا رفع احدهما الى القاضي وطلب حكم الاسلام لم يفرق بينهما اذا كان الآخر يأبى ذلك وعندهما يفرق بينهما لان اصل النكاح كان باطلا وترك التعرض للوفاء بالعهد فاذا رفع احدهما وانقاد لحكم الاسلام فرق بينهما كما لو اسلم احدهما فاسلام احدهما كاسلامهما فكذا رفع احدهما كمرافعتهما وله ان اصل النكاح كان صحيحا ورفع احدهما الى القاضي ومطالبته بحكم الاسلام لا يكون حجة على الآخر في ابطال الاستحقاق الثابت له باعتقاده بل اعتقاده صار معارضا لاعتقاد الآخر فبقي حكم الصحة على ما كان بخلاف ما اذا اسلم احدهما لان الاسلام يعلو ولا يعلى فلا يكون اعتقاد الآخر معارضا لاسلام المسلم منهما وبخلاف ما اذا ترافعا لانهما انقادا لحكم الاسلام فثبت حكم الخطاب في حقهما بانقيادهما له واليه اشار الله تعالى في قوله فان جاؤك فاحكم بينهم بما انزل الله وفي المبسوط فاما اذا تزوج الكافر ذات رحم محرم منه من ام او بنت او اخت فانه لا يتعرض لهم في ذلك وان علم القاضي ما لم يرفعوا اليه الا في قول ابي يوسف الآخر ذكره في الطلاق ان يفرق بينهما اذا علم ذلك لما روي ان عمر رضي الله عنه

فان كان احد الزوجين مسلما فالولد على دينه وكذلك ان اسلم احدهما وله ولد صغير صار ولده مسلما باسلامه لان في جعله تبعا له نظراله ولو كان احدهما كتابيا والاخر مجوسيا فالولد كتابي لان فيه نوع نظر له اذ المجوسية شر منه والشافعي رحمه الله يخالفنا فيه للتعارض ونحن بينا الترجيح واذا اسلمت المرأة وزوجها كافر عرض القاضي عليه الاسلام فان اسلم فهي امرأته وان ابى فرق بينهما وكان ذلك طلاقا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وان اسلم الزوج وتحته مجوسية عرض عليها الاسلام فان اسلمت فهي امرأته وان ابت فرق القاضي بينهما ولم تكن الفرقة بينهما طلاقا وقال ابو يوسف رحمه الله لا تكون الفرقة طلاقا في الوجهين اما العرض فمذهبنا وقال الشافعي رحمه الله لا يعرض الاسلام لان فيه تعرضا لهم وقد ضمنا بعقد الذمة ان لا يتعرض لهم الا ان ملك النكاح قبل الدخول غير متأكد فينقطع بنفس الاسلام وبعده متأكد

كتب الى عماله ان فرقوا بين المجوس وبين محارمهم وامنعوهم عن الزمزمة اذا اكلوا ولكنا نقول هذا غير مشهور وانما المشهور ما كتب به عمر ابن عبد العزيز الى الحسن البصري ما بال الخلفاء الراشدين تركوا اهل الذمة وما هم عليه من نكاح المحارم واقتناء الخمور والخنازير فكتب اليه انما بذلوا الجزية ليتركوا وما يعتقدون وانما انت متبع ولست بمبتدع والسلام ه

قوله فان كان احد الزوجين مسلما فالولد على دينه فان قيل كيف يصح هذا التعميم ولا وجود لنكاح المسلمة مع كافر اي كافر كان قلنا هذا محمول على حالة البقاء بان اسلمت المرأة ولم يعرض الاسلام على الزوج بعد فجاءت بالولد **قوله** والشافعي رحمه الله يخالفنا فيه للتعارض لان المعارضة تحققت بينهما واحدهما يوجب الحل والآخر يوجب الحرمة فيرجح المحرم على المبيح حتى لا يحل ذبيحته ولا مناكحة المسلمين **قوله** ونحن بينا الترجيح وهو قوله لان فيه نوع نظر له وذلك لانا لو قلنا بانه كتابي يحل اكل ذبيحته ويجوز مناكحته **قوله** وان اسلم الزوج وتحته مجوسية

فيتأجل الى انقضاء ثلث حيض كما فى الطلاق ولنا ان المقاصد قد فاتت فلا بد من سبب تبنى عليه الفرقة والاسلام طاعة لا يصلح سببا لها فيعرض الاسلام لتحصل المقاصد بالاسلام او تثبت الفرقة بالاباء وجه قول ابي يوسف رحمه الله ان الفرقة بسبب يشترك فيه الزوجان فلا تكون طلاقا كالفرقة بسبب الملك ولهما ان بالاباء امتنع عن الامساك بالمعروف مع قدرته عليه بالاسلام فينوب القاضي منابه فى التسريح كما فى الجب والعنة اما المرأة فليست باهل للطلاق فلا ينوب منابها عند ابائها ثم اذا فرق القاضي بينهما باباء فلها المهر ان كان دخل بها لتأكده بالدخول وان لم يكن دخل بها فلا مهر لها لان الفرقة من قبلها والمهر لم يتأكد فاشبه الردة والمطاوعة واذا اسلمت المرأة في دار الحرب وزوجها كافر او اسلم الحربي وتحته مجوسية

قيد بالمجوسية هنا واطلق في جانب الزوج حيث قال واذا اسلمت المرأة وزوجها كافر لان النكاح لا يبقى مع كفر الزوج بالاباء عند اسلام المرأة اي كفر كان واما كفر المرأة عند اسلام الزوج فانما يوجب التفريق اذا لم يجز ابتداء النكاح مع ذلك الكفر كما فى المجوسية واما اذا كانت كتابية يبقى النكاح بينهما كما يجوز ابتداؤه وان ابت فرق القاضي بينهما فان لم تسلم المرأة حتى مات الزوج كان لها المهر كاملا دخل بها اولم يدخل لان النكاح منته بالموت حيث لم يفرق القاضي بينهما فيتقرر به جميع المهر كذا فى المبسوط ٭

قوله فيتأجل الى انقضاء ثلث حيض كما فى الطلاق العدة عند الشافعي رحمه الله فى الطلاق بالاطهار فكان ينبغي ان يقول الى انقضاء ثلثة اطهار لانه قال كما فى الطلاق والعدة فى الطلاق عنده بالاطهار **قوله** كما فى الطلاق فان نفس الطلاق قبل الدخول يرفع النكاح وبعد الدخول لا يرفع الا بعد انقضاء العدة **قوله** ان الفرقة بسبب يشترك فيه الزوجان على معنى انه يتحقق من كل واحد منهما وهو الاباء والردة ومثل هذه الفرقة تكون بغير طلاق كالفرقة الواقعة بالمحرمية وملك احد الزوجين صاحبه

لم تقع الفرقة بينهما حتى تحيض ثلث حيض ثم تبين من زوجها وهذا لان الاسلام ليس سببا للفرقة والعرض على الاسلام متعذر لقصور الولاية فلا بد من الفرقة دفعا للفساد فاقمنا شرطها وهو مضي الحيض مقام السبب كما في حفر البئر ولا فرق بين المدخول بها وغير المدخول بها والشافعي رحمه الله يفصل كما مر له في دار الاسلام واذا وقعت الفرقة والمرأة حربية فلا عدة عليها وان كانت هي المسلمة فكذلك عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما وسياتيك ان شاء الله تعالى واذا اسلم زوج الكتابية فهما على نكاحهما لانه يصح النكاح بينهما ابتداء فلان يبقى اولى

قوله لم تقع الفرقة بينهما حتى تحيض ثلث حيض فان لم تكن من ذوات الحيض فمتى يمضي ثلث اشهر **قوله** فاقمنا شرطها وهو مضي ثلث حيض لما ان انقضاء ثلث حيض شرط البينونة فى الطلاق الرجعي فقام مقام السبب وهو تفريق القاضي عند اباء الزوج الإسلام كما في حفر البئر فانه اذا وقع فيها انسان ولم يكن اضافة الحكم الى العلة وهي ثقل الواقع لانه طبع لا تعدي فيه اضيف الى الشرط وهو الحفر كذا هنا مست الحاجة الى الفرقة تخلصا للمسلمة عن ذل الكافر فاقمنا شرط البينونة فى الطلاق الرجعي مقام عرض القاضي وتفريقه عند تعذر اعتبار العلة وهذه الحيض لا تكون عدة ولهذا يستوي فيها المدخول بها وغير المدخول بها ثم اذا وقعت الفرقة قبل الدخول بذلك فلا عدة عليها وان كان بعد الدخول بها والمرأة حربية فكذلك لان حكم الشرع لا يثبت في حقها وان كانت هي المسلمة فكذا الجواب عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما لانه لا يوجب العدة على المسلمة من الحربي واصل المسئلة فى المهاجرة فانها اذا خرجت الى دار الاسلام مسلمة اوذمية لم تلزمها العدة عند ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه الا ان تكون حاملا وعندهما تلزمها العدة **قوله** ولا فرق بين المدخول بها وغير المدخول بها اي في اشتراط مضي ثلث حيض للفرقة **قوله** والشافعي رحمه الله

قال واذا خرج احد الزوجين الينا من دار الحرب مسلما وقعت البينونة بينهما وقال الشافعي رحمه الله لا تقع ولو سبي أحد الزوجين وقعت البينونة بينهما بغير طلاق وان سبيا معا لم يقع البينونة وقال الشافعي رحمة الله تعالى عليه وقعت فالحاصل ان السبب هو التباين دون السبي عندنا و هو يقول بعكسه له ان التباين اثره في انقطاع الولاية وذلك لا يؤثر في الفرقة كالحربي المستأمن والمسلم المستأمن اما السبي يقتضي الصفاء للسابي ولا يتحقق الا بانقطاع النكاح •

يفصل كما مر له في دار الاسلام هو يقول ان كان قبل الدخول وقعت الفرقة باسلام احدهما في الحال وان كان بعد الدخول يتوقف على مضي ثلثة قرؤ فعنده لا يختلف الحكم بدار الحرب ودار الاسلام ولكنه بني الحكم على تأكد النكاح بالدخول وعدم تأكده •

قوله واذا خرج احد الزوجين الينا من دار الحرب مسلما وقعت البينونة بينهما خلافا للشافعي رحمة الله تعالى عليه والخلاف فيما اذا خرج احد الزوجين مسلما غير مراغم واما اذا اخرجت المرأة مراغمة مسلمة وقعت الفرقة بالاتفاق عندنا لتباين الدارين وعنده للقصد الى المراغمة والاستيلاء على حق الزوج واما اذا اخرجت غير مراغمة لزوجها او خرج الزوج مسلما او ذميا تقع الفرقة لتباين الدارين عندنا ولا تقع عند الشافعي رحمة الله تعالى عليه كذا في المبسوط **قوله** له ان التباين اثره في انقطاع الولاية المراد بانقطاع الولاية سقوط مالكيته عن نفسه وعن ماله **قوله** كالحربي المستأمن والمسلم المستأمن يعني ان الحربي اذا دخل دارنا بامان او دخل المسلم دار الحرب بامان لا تثبت الفرقة وان كان تباين الدارين موجودا نعلم ان التباين ليس بسبب للفرقة•

ولهذا يسقط الدين عن ذمة المسبي ولنا ان مع التباين حقيقة وحكما لا تنتظم المصالح فشابه المحرمية والسبي يوجب ملك الرقبة وهو لاينا فى النكاح ابتداء فكذلك بقاء فصار كالشراء ثم هو يقتضي الصفاء في محل عمله وهو المال لا في محل النكاح وفى المستأمن لم تتباين الدار حكما لقصده الرجوع

قوله ولهذا يسقط الدين عن ذمة المسبي يعني ان الحربي اذا سبي وعليه دين لآخر بطل بالسبي وهذا لان السبي سبب لملك ما يحتمل التملك وملك النكاح محتمل للتملك فيصير مملوكا للسابي لانه لو امتنع ثبوت الملك انما يمتنع لحق الزوج وهو ليس بحق محترم ولهذا قلنا لو كانت المسبية منكوحة لمسلم او ذمي لا يبطل النكاح لان ملك النكاح محترم واحتج هو ايضا بقوله تعالى والمحصنات من النساء الا ما ملكت ايمانكم معناه ذوات الازواج من النساء الا ما ملكت ايمانكم فانها محللة لكم وانما نزلت الآية في سبايا اوطاس وانما سبي ازواجهن معهن وحجتنا في ذلك ان مع تباين الدارين لا تنتظم المصالح والنكاح شرع لمصالحه لا لعينه فلا يبقى عند عدمها كالمحرمية اذا اعترضت على النكاح لا يبقى معها لفوات انتظام المصالح كذا هنا وهذا لان الذي بقي في دارهم في حكم الميت في حق اهل دارنا الا ترى ان المرتد اللاحق بدار الحرب جعل كالميت في حق قسمة المال بين ورثته وعتق مدبرته وامهات اولاده والنكاح لا يبقى بين الحي والميت بخلاف المستأمن منهم لان تباين الدارين حكما لم يوجد لتمكنه من الرجوع والمسلم المستأمن من اهل دارنا حكما والسبي سبب لملك الرقبة مالا فلا يكون مبطلا للنكاح كالشرى لان المملوك بالنكاح ليس بمال فلا يثبت فيه التملك بالسبي مقصودا لان تملك البضع مقصود بسببه فيختص بشرطه وهو الشهود وذا لا يوجد فى السبي وانما يثبت الملك هنا تبعا لملك الرقبة عند فراغ المحل عن حق

واذا خرجت المرأة الينا مهاجرة جاز ان يتزوج ولا عدة عليها عند ابي حنيفة رح وقالا عليها العدة

الغير واذا كان المحل مشغولا يمتنع الملك فيه لفوات الشرط وهو ان لا يكون حق الزوج مانعا وخروج الجواب عن قوله انه يوجب الصفاء لان الصفاء ثابت من الوجه الذي يعمل السبي فيه وهو ملك المال الا ترى ان مالك النكاح لو كان محترما لا تبطل النكاح مع تقررا لسبي ولا صفاء ولو كان السبي منافيا للنكاح لما بقي النكاح لان المنافي اذا تقرر فالمحترم وغير المحترم فيه سواء كما تقرر بالمحرمية فاما الدين فان كان الدين على عبد فسبي لم يسقط وان كان على حر فسبي يسقط لانه لما صار عبدا والدين لا يجب على العبد الاشاغلا مالية رقبته فلا يمكن ابقاؤه الا بتلك الصفة وقد تعذر ابقاؤه بتلك الصفة بعد السبي فان قيل يجوز ان يكون الدين في ذمته بلا تعلق برقبته كالعبد يقر بدين قلنا لا يجوز ذلك اي لا يجوز ان يثبت الدين في ذمته ولا يكون شاغلا لرقبته وانما لا يطالب اذا اقر لانه غير ثابت في حق المولى لان اقراره ليس بحجة عليه حتى اذا ثبت بالاستهلاك معاينة بيع فيه وفي قوله حكما جواب عن قوله كالحربي المستأمن والمسلم المستأمن لان الحربي المستأمن وان كان في دار الاسلام حقيقة ولكن هو في دار الحرب حكما لانه على نية الرجوع وكذلك في المسلم المستأمن حتى لو انقطعت نية الرجوع كان حكم التباين ثابتا في حقه فانه ذكر في المبسوط ويستوي في وقوع الفرقة بتباين الدارين ان خرج احدهما مسلما اوذميا اوخرج مستأمنا ثم اسلم اوصار ذميا لانه صار من اهل دارنا حقيقة وحكما والآية دليلنا فان الله تعالى حرم ذوات الازواج ممالم يثبت انقطاع الزوجية بينهما كانت محرمة على السابي بهذا النص كذا في المبسوط ۔

قوله واذا خرجت المرأة الينا مهاجرة بان خرجت مسلمة اوذمية على نية ان لا ترجع الى ما هاجرت منه ابدا۔

لان الفرقة وقعت بعد الدخول في دار الاسلام فيلزمها حكم الاسلام ولابي حنيفة رحمه الله انها اثر النكاح المتقدم وجبت اظهار الخطره ولا خطر لملك الحربي ولهذا لا تجب العدة على المسبية وان كانت حاملا لم تتزوج حتى تضع حملها وعندابي حنيفة رحمه الله انه يصح النكاح ولايقربها زوجها حتى تضع حملها كما في الحبلى من الزنا وجه الاول انه ثابت النسب فاذا ظهر الفراش في حق النسب يظهر في حق المنع من النكاح احتياطاه

قال واذا ارتد احد الزوجين عن الاسلام وقعت الفرقة بغير طلاق وهذا عندابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله ان كانت الردة من الزوج فهي فرقة بطلاق

قوله لان الفرقة وقعت بعد الدخول في دار الاسلام وانما قيد به احترازا عما لو طلقها الحربي ثلثا في داره ثم هاجرت فانه لا عدة عليها بالاجماع **قوله** ولا خطر لملك الحربي فان قيل لوخرجت حاملا اعتدت بالاجماع ولولم يكن لملكه خطرلما وجبت العدة في صورة الحمل قلنا هناك لا تعتد ولكنها لا تتزوج لان في بطنها ولدا ثابت النسب وهذا كما قيل ان فراش ام الولد لايمنع التزويج ولوكان في بطنها ولد لم يجز **قوله** واذا ارتد احد الزوجين عن الاسلام وقعت الفرقة بغير طلاق اي في الحال قبل الدخول وبعده وقال الشافعي رحمه الله لايقع بعد الدخول حتى تنقضي الاقراء كما قال في اسلام احد الزوجين وقال ابن ابي ليلى لاتقع الفرقة بردة احدهما قبل الدخول و بعده حتى يستتاب المرتد فان تاب فهي امرأته وان مات اوقتل على ردته ورثته وجعل هذا قياس اسلام احد الزوجين ولكنا نقول الردة تنافي النكاح واعتراض السبب المنافي للنكاح موجب للفرقة بنفسه كالمحرمية واما اختلاف الدين فعينه لا ينافي النكاح حتى يجوز ابتداء النكاح بين المسلم والكتابية وكذلك الاسلام لاينافي النكاح فان النكاح نعمة وبالاسلام يصير النعم محرزة له فلذلك لاتقع الفرقة هناك الابقضاء القاضي كذا في المبسوط وذكر في

وهو يعتبره بالاباء والجامع ما بيناه وابو يوسف رحمه الله مر على ما اصلناه له في الاباء وابو حنيفة رحمه الله فرق بينهما ووجهه ان الردة منافية للنكاح لكونها منافية للعصمة والطلاق رافع له فتعذر ان يجعل طلاقا بخلاف الاباء لانه يفوت الامساك بالمعروف فيجب التسريح بالاحسان على ما مر ولهذا تتوقف الفرقة بالاباء على القضاء ولا تتوقف بالردة ثم ان كان الزوج هو المرتد فلها كل المهر ان دخل بها ونصف المهر ان لم يدخل بها وان كانت هي المرتدة فلها كل المهر ان دخل بها وان لم يدخل بها فلا مهر لها ولا نفقة لان الفرقة من قبلها ٭

قال واذا ارتدا معا ثم اسلما معا فهما على نكاحهما استحسانا وقال زفر رحمه الله يبطل لان ردة احدهما منافية وفي ردتهما ردة احدهما ولنا ما روي ان بني حنيفة ارتدوا ثم اسلموا ولم يأمرهم الصحابة رضوان الله تعالى عليهم اجمعين بتجديد الانكحة

المحيط اذا ارتد احد الزوجين وقعت الفرقة بينهما في الحال هذا جواب ظاهر الرواية واما بعض مشايخ بلخ وبعض مشايخ سمرقند كانوا يفتون بعدم الفرقة بارتداد المرأة حسما لباب المعصية وعامتهم على انه تقع الفرقة الا انها تجبر على الاسلام والنكاح مع زوجها الاول لان الحسم يحصل بالجبر على النكاح مع الاول ومشايخ بخارا كانوا على هذا ٭

قوله وهو يعتبره بالاباء والجامع ما بيناه وهو الامتناع عن الامساك بالمعروف **قوله** وابو يوسف رحمه الله مر على ما اصلناه له وهو ان الفرقة بسبب يشترك فيه الزوجان وابو حنيفة رحمه الله فرق ووجهه ان الردة منافية لان الفرقة بالردة للتنافي لانها تنافي النكاح لبطلان اهليته او محليته او لبطلان العصمة عن نفسه واملاكه وبزوال عصمة املاكه يزول النكاح لانه منها ولانها موت حكما لما مر والمنافي لا يصلح مستفادا بالملك فلا يكون طلاقا لانه يستفاد به **قوله** وان لم يدخل بها فلا مهر لها ولا نفقة فان قيل قوله ولا مهر مستقيم

والا رتداد منهم واقع معا لجهالة التاريخ ولو اسلم احدهما بعد الارتداد فسد النكاح بينهما لاصرار الاخر على الردة لانه مناف كابتدائها والله اعلم بالصواب *

فما فائدة قوله ولا نفقة اذ المسلمة اذا كانت غير مدخولة ووقعت الفرقة لاتجب النفقة على زوجها قلنا قوله ولا نفقة راجع الى ماذكرقبيله وان كانت هي المرتدة فلها كل المهران دخل بها ولكن لانفقة لها لان الفرقة من قبلها *

قوله والا رتدادمنهم واقع معا لجهالة التاريخ جواب لسؤال وهو ما ذكره فخر الاسلام رحمه الله في مبسوطه فان قيل ان ارتدادهم ما كان جملة بالاجماع فكيف يستقيم التعلق به قلنا عند جهالة التاريخ بالتقدم والتأخر يجعل في الحكم كانه وجد جملة ولان ردتهم كانت لمنع الزكوة على اعتقاد انها ليست بواجبة والمنع كان قائما بالمنعة جملة فصار بمنزلة فعل واحد فلا يوصف بالتقدم والتأخر وفي المبسوط والمعنى فيه انه لم يختلف لهما دين ولا دار فبقي ما كان بينهما على ما كان والفقه فيه ان وقوع الفرقة عند ردة احدهما لظهور خبثه عند المقابلة بطيب المسلم فاذا ارتدا معا لا يظهر هذا الخبث بالمقابلة لانه يقابل الخبث بالخبث واعتبار البقاء بالابتداء فاسد فان عدة الغير تمنع ابتداء النكاح ولا يمنع البقاء فان اسلم احدهما وقعت الفرقة بينهما باصرار الآخر على الردة لظهور خبثه الا ان عند المقابلة بطيب الآخر حتى ان كانت المرأة هي التي اسلمت قبل الدخول فلها نصف الصداق وان كان الزوج هو الذي اسلم فلا شيء لها لان الفرقة من جانب من اصر على الردة فان اصراره بعد اسلام الآخر كانشاء الردة والله تعالى اعلم بالصواب •

باب القسم

واذا كان لرجل امرأتان حرتان فعليه ان يعدل بينهما فى القسم بكرين كانتا اوثيبتين اوكانت احدىهما بكرا والاخرى ثيبا لقوله صلى الله عليه وسلم من كانت له امرأتان ومال الى احدىهما فى القسم جاء يوم القيامة وشقه مائل وعن عائشة رضي الله عنها ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يعدل فى القسم بين نسائه وكان يقول اللهم هذا قسمي فيما املك فلا تؤاخذني فيمالا املك يعني زيادة المحبة ولافصل فيمارو ينا والقديمة والجديدة سواء لاطلاق ما روينا ولان القسم من حقوق النكاح ولا تفاوت بينهن في ذلك والاختيار في مقدار الدور الى الزوج لان المستحق هوالتسوية دون طريقها والتسوية المستحقة فى البيتوتة لا فى المجامعة لانها تبتني على النشاط وان كانت احدىهما حرة والاخرى امة فللحرة الثلثان من القسم وللامة الثلث بذلك ورد الاثر ولان حل الامة انقص من حل الحرة فلا بد من اظهار النقصان فى الحقوق والمكاتبة والمدبرة وام الولد بمنزلة الامة لان الرق فيهن قائم *

باب القسم

قوله واذا كان لرجل امرأتان حرتان فعليه ان يعدل بينهما فى القسم اعلم ان الزوج مأمور بالعدل فى القسمة بين النساء بالكتاب قال الله تعالى ولن تستطيعوا ان تعدلوا بين النساء ولو حرصتم فلا تميلوا كل الميل معناه لم تستطيعوا العدل والتسوية فى المحبة فلاتميلوا فى القسمة وبالسنة وهي ماذكر فى الكتاب والجديدة والقديمة والمسلمة والكتابية والمراهقة والبالغة والعاقلة والمجنونة سواء فى القسمة وقال الشافعي رحمه الله ان كانت الجديدة بكرا يفضلها بسبع ليال وان كانت ثيبا فبثلث ليال ثم التسوية لان القديمة

قال ولا حق لهن في القسم حالة السفر فيسافر الزوج بمن شاء منهن والاولى ان يقرع بينهن فيسافر بمن خرجت قرعتها وقال الشافعي رحمه الله تعالى القرعة مستحقة لما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا اراد سفرا اقرع بين نسائه الا انا نقول ان القرعة لتطييب قلوبهن فكان من باب الاستحباب وهذا لانه لا حق للمرأة عند مسافرة الزوج الا ترى ان له ان لا يستصحب واحدة منهن فكذا له ان يسافر بواحدة منهن ولا يحتسب عليه بتلك المدة وان رضيت احدى الزوجات بترك قسمها لصاحبتها جاز لان سودة بنت زمعة رضي الله عنها سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يراجعها ويجعل يوم نوبتها لعائشة رضي الله عنها ولها ان ترجع في ذلك لانها اسقطت حقا

قد الفت صحبته والجديدة لا فيفضلها بزيادة الصحبة وللبكر زيادة نفرة عن الرجال فيفضلها بسبع ليال ولنا ما تلونا وروينا ولان القسمة من حقوق النكاح وقد ثبت الاستواء في ذلك والقديمة اولى بالتفضيل لان الوحشة في جانبها اكثر حيث ادخل عليها من يغيظها ولان للقديمة زيادة حرمة بالخدمة والواجب عليه العدل في القسمة فان عاد للجور بعد ما نهاه القاضي اوجعه عقوبة وامره بالعدل لانه اذا اساء الادب فيما منع وارتكب ما هو حرام عليه وهو الجور فيعزر في ذلك وامر بالعدل هذا اذا كانت له امرأتان اما اذا كانت له امرأة واحدة يؤمر الزوج بان يراعي قلبها ويبيت معها احيانا من غير ان يكون في ذلك شيء موقت في ظاهر الرواية وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله اذا كان للرجل امرأة واحدة فاشتغل عنها بالصيام والقيام او بصحبة الاماء فخاصمته في ذلك قضى القاضي لها بليلة من كل اربع ليال لحديث كعب بن سور وهو ان امرأة جاءت الى عمر رضي الله عنه فقالت ان زوجي يصوم بالنهار ويقوم بالليل قال نعم الرجل زوجك فاعادت كلامها مرارا في كل ذلك يجيبها عمر بها فقال كعب

لم يجب بعد فلا يسقط والله تعالى اعلم بالصواب ٭

بن سور يا امير المؤمنين انما تشكو زوجها في انه هجر صحبتها فتعجب عمر من فطنته فقال عمر اقض بينهما فقال اراها احدى نسائه الاربع له ثلثة ايام ولياليهن ولها يوم وليلة ووجه ظاهر الرواية ان القسمة والعدل انما يكون عند المزاحمة ولا مزاحمة هنا حين لم يكن في نكاحه الا واحدة وهذا لان عند المزاحمة يلحق كل واحدة منهما المغايظة بمقامه عند الاخرى فتستحق عليه التسوية ولا يجب ذلك عند عدم المزاحمة فان رضيت احدى الزوجات بترك قسمها لصاحبتها جاز لما روي انه عليه السلام قال لسودة حين اسنت اعتدي فسألته لوجه الله ان يراجعها ويجعل نوبتها لعائشة رضي الله عنها لان يحشر يوم القيمة مع ازواجه وفيه نزل قوله تعالى وان امرأة خافت من بعلها نشوزا او اعراضا الآية ولها ان يرجع في ذلك لانها اسقطت حقا لم يجب بعد فلا يسقط لان الاسقاط انما يتحقق في القائم فيكون رجوعها امتناعا فصار بمنزلة العارية وللمعير ان يرجع فيها متى شاء لما قلنا فكذا هذا كذا في مبسوط شيخ الاسلام رحمه الله والله تعالى اعلم بالصواب ٭

كتاب الرضاع

قال قليل الرضاع وكثيره سواء اذا حصل في مدة الرضاع تعلق به التحريم وقال الشافعي رحمه الله لا يثبت التحريم الا بخمس رضعات لقوله عليه الصلوة والسلام لا تحرم المصة ولا المصتان ولا الاملاجة ولا الاملاجتان ولنا قوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم الآية واخواتكم من الرضاعة وقوله صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب من غير فصل ولان الحرمة وان كانت لشبهة البعضية

كتاب الرضاع

هو في الشرع عبارة عن مص شخص مخصوص اي الطفل من ثدي مخصوص اي ثدي الآدمية في وقت مخصوص على حسب ما اختلف فيه

قوله قليل الرضاع وكثيره سواء وقال الشافعي رحمه الله تعالى لا يثبت التحريم الا بخمس رضعات يكتفي الصبي بكل واحدة منها لقوله عليه السلام لا يحرم المصة ولا المصتان ولا الاملاجة ولا الاملاجتان ثم الحديث بنفسه لا يصلح متمسكا له الا لنفي مذهبنا وهو ثبوت حرمة الرضاع وان قل الارتضاع لكن لما انتفى مذهبنا ثبت مذهبه ضرورة لعدم القائل بالفصل اي بين القليل وبين خمس رضعات وقول من قال من اصحاب

الثابتة بنشوز العظم وانبات اللحم لكنه امر مبطن فتعلق الحكم بفعل الارضاع

الظواهر بثلث رضعات غير معتبر فلا يقدح في وجه التمسك به وفي الكافي للعلامة النسفي رحمه الله على ان الاول وهو قوله لا يحرم المصة الى آخره دال عليهما اي على نفي مذهبنا واثبات مذهبه لان المصة داخلة في المصتين كقوله لا اكلمه يوما ولا يومين فان اليمين ينتهي بيومين بخلاف قوله لا اكلم يوما ويومين حيث لا ينتهي الا بثلثة ايام فكانه قال لا يحرم المصتان ولا الاملاجتان فانتفت الحرمة عن اربع رضعات بهذا الحديث والخمس محرمة اجماعا ويتمسك ايضا بما روي عن عائشة رضي الله عنها قالت كان فيما انزل في القرآن عشر رضعات معلومات يحرمن فنسخن بخمس رضعات معلومات وكان ذلك مما يتلى بعد رسول الله عليه السلام ولا نسخ بعد ذلك لنا قوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم الآية اثبتت الحرمة بفعل الارضاع فاشتراط العدد فيه يكون زيادة على النص ومثله لا يثبت بخبر الواحد وفي حديث علي رضي الله عنه الرضاع قليله وكثيره سواء يعني في ايجاب الحرمة ولان هذا سبب من اسباب التحريم فلا يشترط فيه العدد كالوطئ واما حديث عائشة رضي الله عنها فضعيف جدا لانه ان كان متلوا بعد رسول الله عليه السلام ونسخ التلاوة بعد رسول الله عليه السلام لا يجوز فلماذا لا تتلى الآن وذكر في الحديث دخل داجن البيت واكله وهو يقوي قول الروافض فانهم يقولون كثير من القرآن ذهب بعد رسول الله عليه السلام ولم يثبته الصحابة في المصحف وهو قول باطل بالاجماع ثم لو ثبت هذا الحديث انما يكون ثبوته في الوقت الذي كان ارضاع الكبير مشروعا لما ان انبات اللحم وانشاز العظم في حق الكبير لا يحصل بالرضعة الواحدة فكان العدد مشروعا فيه ثم انتسخ بانتساخ حكم ارضاع الكبير كذا في المبسوط *

وما رواه مردود بالكتاب او منسوخ به وينبغي ان يكون في مدة الرضاع على مابين ثم مدة الرضاع ثلثون شهرا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا سنتان وهو قول الشافعي رحمه الله وقال زفر رحمه الله ثلثة احوال لان الحول حسن للتحول من حال الى حال ولا بد من الزيادة على الحولين لما نبين فيقدر به ولهما قوله تعالى وحمله وفصاله ثلثون شهرا ومدة الحمل ادناها ستة اشهر فبقي للفصال حولان وقال النبي عليه السلام لا رضاع بعد حولين وله هذه الآية ووجهه انه تعالى ذكر شيئين وضرب لهما مدة فكانت لكل واحد منهما بكمالها كالاجل المضروب للدينين الا انه قام المنقص في احدهما فبقي في الثاني على ظاهره ولانه لا بد من تغير الغذاء لينقطع الانبات باللبن وذلك بزيادة مدة يتعود الصبي فيها غيره فقدرت بادنى مدة الحمل لانها مغيرة

قوله وما رواه مردود بالكتاب فقد روي عن عبدالله بن عمر رضي الله تعالى عنهما حديث ابن الزبير رضي الله تعالى عنهم لا يحرم المصة ولا المصتان فقال ابن عمر رضي الله عنهما قضاء الله تعالى اولى من قضاء ابن الزبير فرد عليه قوله لمخالفته اطلاق قوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم او منسوخ به فقد روي انه قيل لابن عباس رضي الله تعالى عنه ان الناس يقولون الرضعة لا تحرم فقال كان ذلك ثم نسخ **قوله** قام المنقص في احدهما اي في حق الحمل والمنقص حديث عائشة رضي الله تعالى عنها الولد لا يبقى في بطن امه اكثر من سنتين ولو بفلكة مغزل فان قيل في التنقيص معنى التغيير والزيادة على النص تغيير موجب الكتاب فلا يصح تغيير موجب الكتاب بخبر الواحد كما لا يصح تخصيصه ابتداء بخبر الواحد لما فيه من نوع تغيير قلنا نعم كذلك الا ان الكتاب مأول والآية المأولة في اثبات الحكم مثل القياس وانما قلنا ذلك لان فخر الاسلام رحمه الله جعل الاجل المضروب للمدتين متوزعا عليهما وكذلك عامة

فان غذاء الجنين يغايره غذاء الرضيع كما يغاير غذاء الفطيم والحديث محمول على مدة الاستحقاق وعليه يحمل النص المقيد بحولين فى الكتاب ٭

قال واذا مضت مدة الرضاع لم يتعلق به التحريم لقوله صلى الله عليه وسلم لا رضاع بعد الفصال ولان الحرمة باعتبار النشو وذلك فى المدة اذ الكبير لا يتربى به ولا يعتبر الفطام قبل المدة الا في رواية عن ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه اذا ستغنى عنه ووجهه انقطاع النشو بتغيير الغذاء وهل يباح الارضاع بعد المدة قد قيل لا يباح لان اباحته ضرورية لكونه جزء الآدمي ٭

اهل التفسير وروي ان رجلا تزوج امرأة فولدت لستة اشهر فجيء بها الى عثمان رضي الله عنه فشاور في رجمها فقال ابن عباس رضي الله عنه ان خاصمتكم بكتاب الله تعالى خصمتكم قالوا كيف قال ان الله تعالى يقول وحمله وفصاله ثلثون شهرا وقال والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين فحمله ستة اشهر وفصاله حولان فتركها كذا فى التيسير ٭

قوله فان غذاء الجنين يغايره غذاء الرضيع فان الولد يبقى فى البطن ستة اشهر ويتغذى بغذاء الام ثم ينفصل ويصير اصلا فى الغذاء **قوله** واذا مضت مدة الرضاع لم يتعلق بالرضاع تحريم سواء فطم اولم يفطم وقال بعض الناس الكبير والصغير سواء في حكم الرضاع واحتجوا بظاهر النصوص وبقول عائشة رضي الله عنها حتى كانت اذا ارادت ان يدخل عليها احد من الرجال امرت اختها ام كلثوم او بعض بنات اختها ان يرضعه خمسا ثم كان يدخل عليها الا ان غيرها من نساء رسول الله عليه السلام كن يأبين ذلك ويقلن لا نرى هذا من رسول الله عليه السلام الا رخصة لسهلة خاصة حيث قال لها رسول الله عليه السلام ارضعي سالما خمسا تحرمين بها عليه ولكنا نقول انتسخ هذا الحكم بقول رسول الله عليه السلام

قال ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب للحديث الذي روينا الا ام اخته من الرضاع فانه يجوزان يتزوجها ولا يجوزان يتزوج ام اخته من النسب لانها تكون امه او موطوءة ابيه بخلاف الرضاع ويجوز تزوج اخت ابنه من الرضاع ولا يجوز ذلك من النسب لانه لما وطئ امها حرمت عليه ولم يوجد هذا المعنى في الرضاع وامرأة ابيه وامرأة ابنه من الرضاع لا يجوزان يتزوجها كما لا يجوز ذلك من النسب لما رويناوذكر الاصلاب في النص لاسقاط اعتبار التبني على ما بيناه

الرضاع ما انبت اللحم وانشز العظم وذلك في الكبير لا يحصل والصحابة اتفقوا على هذا وروي ان ابا موسى الاشعري رضي الله تعالى عنه سئل عن رضاع الكبير فاوجب الحرمة ثم اتوا عبد الله بن مسعود فسألوه عن ذلك فقال اترون هذا الاشمط رضيعا فيكم فلما بلغ ابا موسى الاشعري حلف ان لا يفتي مادام عبد الله فيهم وفي رواية فقال ابوموسى الاشعري لاتسألوني مادام هذا الحبر بين اظهركم *

قوله الا ام اخته من الرضاعة قوله من الرضاعة جازان يتعلق بالام وجازان يتعلق بالاخت وجازان يتعلق بهما اما صورة تعلقه بالام فهي ان تكون لرجل اخت من النسب ولها ام من الرضاعة فانه يجوز له ان يتزوج ام اخته التي كانت امها من الرضاعة واما صورة تعلقه بالاخت فهي ان تكون لرجل اخت من الرضاعة ولها ام من النسب فانه يجوز له ان يتزوج ام اخته التي كانت امها من النسب واما صورة تعلقه بهما فبان يجتمع الصبي والصبية الاجنبيان على ثدي امرأة اجنبية وللصبية ام اخرى من الرضاعة فانه يجوز لذلك الصبي ان يتزوج ام اخته التي كانت الام من الرضاعة التي انفردت بها رضاعا وذكر في المحيط قال اصحابنا رحمهم الله وما يتعلق به التحريم في النسب يتعلق بالرضاع الا في مسئلتين

ولبن الفحل يتعلق به التحريم وهوان ترضع المرأة صبية فتحرم هذه الصبية على زوجها وعلى ابائه وابنائه ويصير الزوج الذي نزل لهامنه اللبن ابا للمرضعة وفي احد قولي الشافعي رحمه الله لبن الفحل لا يحرم لان الحرمة لشبهة البعضية واللبن بعضها لا بعضه

احدىهما انه لا يجوز للرجل ان يتزوج ام اخته من النسب ويجوز في الرضاع وانما كان كذلك لان في النسب اذا كانا اخوين لام فام الاخ امه وان كانا اخوين لاب فام الاخ امرأة ابيه وهذا معدوم في الرضاع والمسئلة الثانية فانه لا يجوز للرجل ان يتزوج اخت ابنه من النسب ويجوز في الرضاع وانما كان كذلك لان اخت ابنه من النسب ان كانت منه فهذه بنته وان لم تكن منه فهي ربيبته وهذا المعنى لا يأتي في الرضاع حتى ان في النسب لو لم يوجد احد هذين المعنيين فانه يجوز بان كانت جارية بين شريكين جاءت بولد فادعياه حتى يثبت النسب منهما ولكل واحد منهما ابنة من امرأة اخرى جاز لكل واحد من المولين ان يتزوج بابنة شريكه وان كان كل واحد من المولين متزوجا باخت ابنه من النسب وفي غيرها تين المسئلتين حكم الرضاع وحكم النسب سواء ٠

قوله ولبن الفحل يتعلق به التحريم وهو ان ترضع المرأة صبية فتحرم هذه الصبية على زوجها وعلى آبائه وابنائه ويصير الزوج الذي نزل لها منه اللبن ابا للمرضعة وامه جدة وابنه اخا وبنته اختا واخوه عما واخته عمة حتى لو كان للرجل امرأتان وولدتا منه فارضعت كل واحدة منهما صغيرا صارا اخوين لاب وان كان احدهما انثى لايحل النكاح بينهما وان كانتا انثيين لايحل الجمع بينهما لانهما اختان من اب وان كان لرجل امرأة واحدة فولدت منه فارضعت صبيين صارا اخوين لاب وام ولايحل لهذا المرضع امرأة وطئها الزوج ولا للزوج امرأة وطئها الرضيع

ولنا ما روينا والحرمة بالنسب من الجانبين فكذا بالرضاع وقال عليه السلام لعائشة رضي الله عنها ليلج عليك افلح فانه عمك من الرضاعة ولانه سبب لنزول اللبن منها فيضاف اليه في موضع الحرمة احتياطا ويجوز ان يتزوج الرجل باخت اخيه من الرضاع لانه يجوز ان يتزوج باخت اخيه من النسب وذلك مثل الاخ من الاب اذا كانت له اخت من امه جاز لاخيه من ابيه ان يتزوجها وكل صبيين اجتمعا على ثدي امرأة واحد لم يجز لاحدهما ان يتزوج بالاخرى هذا هو الاصل لان امهما واحدة فهما اخ واخت ولا يتزوج المرضعة احداً من ولد التي ارضعت لانه اخوها ولا ولد ولدها لانه ولد اخيها ولا يتزوج الصبي المرضع اخت زوج المرضعة لانها عمته من الرضاع

قوله ولنا ما رويناه وهو يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وقوله عليه السلام لعائشة رضي الله عنها ليلج عليك افلح فانه عمك من الرضاعة فالعم من الرضاع لا يكون الا من لبن الفحل ثم المراد من لبن الفحل لبن حدث من حمل رجل فذاك اب الرضيع وفي النهاية للعلامة السغناقي رحمه الله وتفسير ذلك ما ذكره في الذخيرة والمحيط فقال امرأة ولدت من زوج وارضعت ولدها ثم ببس ثم در لها اللبن بعد ذلك فارضعت صبيان لهذا الصبي ان يتزوج بابنة هذا الرجل من غير هذه المرأة قال وليس هذا بلبن الفحل وكذلك اذا تزوج امرأة ولم يلد منه قط ثم نزل لها اللبن فان هذا اللبن من هذه المرأة ولو زنى بامرأة فولدت منه فارضعت بهذا اللبن صبية لا يجوز لهذا الزاني ان يتزوج بهذه الصبية ولا لابيه ولا لابنه ولا لابناء اولاده لوجود البعضية بين هؤلاء وبين هذا الزاني **قوله** ولانه سبب لنزول اللبن منها فيضاف اليه ولا يلزم على هذا ما اذا نزل للرجل لبن فارضع به صبيا لم يتعلق به التحريم لانه ليس بلبن ولا يتغذى به الصبي **قوله** وكل صبيين اجتمعا على ثدي واحد اي ثدي امرأة واحدة **قوله** ولا يتزوج المرضعة

واذا اختلط اللبن بالماء واللبن هو الغالب تعلق به التحريم وان غلب الماء لم يتعلق به التحريم خلافا للشافعي رحمة الله تعالى عليه هويقول انه موجود فيه حقيقة ونحن نقول المغلوب غيرموجود حكما حتى لايظهربمقابلة الغالب كما فى اليمين وان اختلط بالطعام لم يتعلق به التحريم وان كان اللبن غالبا عندابي حنيفة رحمه الله تعالى وقالا اذا كان اللبن غالبا يتعلق به التحريم قال رضي الله عنه قولهمافيما اذا لم تمسه النارحتى لوطبخ بهالا يتعلق به التحريم في قولهم جميعا لهما ان العبرة للغالب كما فى الماء اذا لم يغيره شيء عن حاله ولابي حنيفة رحمه الله ان الطعام اصل واللبن تابع له في حق المقصود فصار كالمغلوب

احدامن ولدالتي ارضعت فى النهاية المرضعة بصيغة اسم المفعول وبالرفع على الفاعلية ونصب احدا على المفعولية ومن ولد التي ارضعت على طريق الاضافة هذا هوالاصل من النسخ وفي نسخة اخرى ولا تتزوج المرضعة احد من ولد التي ارضعت بعكس الاولى فى الفاعلية والمفعولية وهذا ايضاصحيح ونسختان اخريان ليستا بصحيحتين وهما بعد صيغة اسم الفاعل فى المرضعة كونها فاعله اومفعوله على ماذكرنا ولكن على هذين التقديرين لابد ان يكون من الولدالتي ارضعت معرفا باللام •

قوله واذا اختلط اللبن بالماء واللبن هوالغالب تعلق به التحريم وكذا لوخلط بالدواء اوبلبن البهيمة فالعبرة للغالب وفسرالغلبة محمد رحمة الله تعالى عليه فقال ان لم يغيرالدواء اللبن تثبت الحرمة وان غيرلا تثبت وقال ابويوسف رحمه الله ان غيرطعم اللبن ولونه لا يكون رضاعا وان غيراحدهما دون الآخريكون رضاعا وقيل على قول ابي حنيفة رحمه الله اذا جعل اللبن في دواء اوا خلط بالماء لا تثبت الحرمة بكل حال كذا في فتاوى قاضي خان رحمه الله **قوله** وان غلب الماء لم يتعلق به التحريم

ولا معتبر بتقاطر اللبن من الطعام عنده هو الصحيح لان التغذي بالطعام اذ هو الاصل وان خلط بالدواء واللبن غالب تعلق به التحريم لان اللبن يبقى مقصودا فيه اذ الدواء لتقويته على الوصول واذا اختلط اللبن بلبن الشاة وهو الغالب تعلق به التحريم وان غلب لبن الشاة لم يتعلق به التحريم اعتبارا للغالب كما في الماء واذا اختلط لبن امرأتين تعلق التحريم باغلبهما عند ابي يوسف رحمه الله لان الكل صار شيئا واحدا فيجعل الاقل تابعا للاكثر في بناء الحكم عليه وقال محمد وزفر رحمهما الله يتعلق التحريم بهما لان الجنس لا يغلب الجنس فان الشيء لا يصير مستهلكا في جنسه لاتحاد المقصود وعن ابي حنيفة رحمه الله في هذا روايتان واصل المسئلة في الايمان واذا نزل للبكر لبن فارضعت صبيا تعلق به التحريم لاطلاق النص ولانه سبب النشو فتثبت به شبهة البعضية

وقال الشافعي رحمه الله قد رما يحصل به خمس رضعات من اللبن اذا جعل في جب من الماء فشربه الصبي تثبت به الحرمة كذا في المبسوط لانه موجود فيه حقيقة وذلك القدر لو وصل بنفسه يثبت به التحرم فكذا اذا كان معه غيره ولنا ان المغلوب لا يظهر حكمه في مقابلة الغالب كما في اليمين فانه لو حلف ان لا يشرب اللبن فشرب لبنا مغلوبا بالماء لا يحنث *

قوله ولا معتبر بتقاطر اللبن من الطعام عنده هو الصحيح قوله هو الصحيح احتراز عن قول بعضهم اذا كان يتقاطر منه اللبن تثبت به الحرمة عنده لان القطرة من اللبن اذا دخلت في حلق الصبي كانت كافية لاثبات الحرمة والاصح انه لا تثبت على كل حال عنده لان التغذي كان بالطعام دون اللبن كذا في المبسوط **قوله** واذا اختلط لبن امرأتين الى ان قال وعن ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه روايتان في رواية اعتبر الغالب كما هو قول ابي يوسف رحمة الله تعالى عليه وفي رواية تثبت الحرمة منهما

واذا حلب لبن المرأة بعد موتها فاوجربه الصبي تعلق به التحريم خلافا للشافعي رحمه الله هو يقول الاصل في ثبوت الحرمة انما هوا لمرأة ثم تتعدى الى غيرها بواسطتها وبالموت لم تبق محلا لها ولهذا لايوجب وطئها حرمة المصاهرة ولنا ان السبب هوشبهة الجزئية وذلك فى اللبن لمعنى الانشاز والانبات وهوقائم باللبن وهذه الحرمة تظهر فى الميت دفنا وتيميما اما الجزئية فى الوطئ لكونه ملاقيا لمحل الحرث وقدزال بالموت فافترقا

كما هوقول محمد رحمة الله تعالى عليه واصل المسئلة فى الايمان وهو ما اذا حلف لا يشرب من لبن هذه البقرة فخلط لبنها بلبن بقرة آخرى وشربه فهو على هذا الخلاف ٭

قوله واذا حلب لبن المرأة بعد موتها فارضع الصبي تعلق به التحريم وقال الشافعي رحمة الله تعالى لايحرم اذا حلب بعدالموت بخلاف ما اذا حلب قبل الموت فشربه بعد الموت فانه تثبت به الحرمة لان اللبن كان محلا قابلا للحكم عند حدوثه فتعلق الحكم به ولم يبطل ذلك بموت من انفصل منه اما اذا انفصل بعد الموت فلم يحدث اللبن على وجه يتعلق به الحكم فصاركلبن البهيمة اذا ارتضع صبيان منه

قوله وهذه الحرمة تظهر فى الميت دفنا وتيميما هذاجواب عن حرف الخصم وبالموت لم يبق محلا لها فقال تظهر هذه الحرمة فى الميت دفنا وتيميما بان كانت المرضعة ذات زوج فان زوجها صارمحرما لهذه الميت بالصهرية بسبب هذا الايجار وقيل هذه المسئلة بناء على ان الفعل الحرام لايصلح سببا للكرامة عنده كالوطئ الحرام لايوجب حرمة المصاهرة عنده وعندنا يصلح سببا باعتبار انه سبب للجزئية لا باعتبار انه حرام فكذا هنا ايجارلبن الميت حرام فلاتثبت به الحرمة عنده وعندنا ثبوت الحرمة باعتبار انه معد للصبي لاباعتبار انه حرام ٭

واذا احتقن الصبي باللبن لم يتعلق به التحريم وعن محمد رح انه تثبت به الحرمة كما يفسد به الصوم ووجه الفرق على الظاهر ان المفسد في الصوم اصلاح البدن ويوجد ذلك في الدواء فاما المحرم في الرضاع معنى النشو ولا يوجد ذلك في الاحتقان لان المغذي وصوله من الاعلى واذا نزل للرجل لبن فارضع صبيا لم يتعلق به التحريم لانه ليس بلبن على التحقيق فلا يتعلق به النشو والنمو وهذا لان اللبن انما يتصور ممن تتصور منه الولادة واذا شرب صبيان من لبن شاة لم يتعلق به التحريم لانه لا جزئية بين الآدمي والبهائم والحرمة باعتبارها واذا تزوج الرجل صغيرة وكبيرة فارضعت الكبيرة الصغيرة حرمتا على الزوج لانه يصير جامعا بين الام والبنت رضاعا وذلك حرام كالجمع بينهما نسبا ثم ان لم يدخل بالكبيرة فلا مهر لها لان الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول بها وللصغيرة نصف المهر لان الفرقة وقعت لا من جهتها

قوله واذا احتقن الصبي باللبن الصواب واذا احقن **قوله** واذا شرب صبيان من لبن شاة فلا رضاع بينهما لانه لا جزئية بين الآدمي والبهائم لان الاختية لا يكون الا بعد الامية والبهيمة لا تتصور ان تكون اما للآدمي ولادا فكذا ارضاعا بخلاف ما لو حصل الرضاع من المرأة لان الامية هنا تتصور ولادا فكذا ارضاعا وكان محمد بن اسماعيل رحمه الله صاحب الحديث يقول تثبت به حرمة الرضاع فانه دخل بخارا في زمن الشيخ ابي حفظ الكبير رحمه الله وجعل يفتي فقال له الشيخ لا تفعل فلست هنا لك فابى ان يقبل نصيحته حتى استفتي عن هذه المسئلة اذا ارضع صبيان بلبن شاة فافتى بثبوت الحرمة فاجتمعوا واخرجوه من بخارا بسبب هذه الفتوى **قوله** فارضعت الكبيرة الصغيرة حرمتا على الزوج ثم ان كان قبل الدخول بالكبيرة جاز له ان يتزوج بالصغيرة لانها ربيبته ولم يدخل بامها ولا يتزوج الكبيرة ابدا لانها ام امرأته من الرضاع كذا في الايضاح **قوله** وللصغيرة نصف المهر

والارتضاع وان كان فعلا منها لكن فعلها غير معتبر في اسقاط حقها كما اذا قتلت مورثها

وقال مالك رحمه الله لا يجب لان الفرقة جاءت من قبلها بان صارت بنتا للكبيرة فسقط مهرها كما سقط مهر الكبيرة بان صارت امها الا ترى ان مهر الكبيرة يسقط وان قصدت الحسبة بان خافت الهلاك على الصغيرة وانا نقول ان هذه الفرقة لما صارت سبب ضمان واستقام الاضافة الى اسم الامية والبنتية اضفناها الى الامية التي في الام لانها هي المخاطبة دون البنت كذا في الاسرار *

قوله والارتضاع وان كان فعلا منها جواب سؤال بان يقال علة الفرقة ارتضاع الصغيرة والالقام سبب والحكم يضاف الى العلة لا الى السبب وذكر الامام التمرتاشي رحمه الله تعالى لا يقال لولا امتصاصها ما جاءت الفرقة قيل له هي مجبورة على ذلك بحكم الطبع والكبيرة في القام الثدي في فمها مختارة فاضيف الفساد اليها كمن القى حية على انسان فلدغته ان الضمان على الملقي لان اللدغ لها طبيعي حتى ان الصغيرة لو جاءت الى الكبيرة وهي نائمة فارتضعت ثانيا ولكل واحدة نصف المهر ولا يرجع الزوج على احد فان قيل يشكل هذا بصغيرة مسلمة تحت مسلم ارتد ابوها ولحقا بها بدار الحرب بانت من زوجها ولا يقضى لها بشيء من المهر ولم يوجد الفعل منها قيل له الردة محظورة لا اباحة لها بحال من الاحوال وانها معنى قام بها حكما بخلاف الارتضاع لانه لا حاظر له فان قيل يشكل هذا برجل تزوج امرأة ولم يدخل بها حتى جاء رجل وقتلها يقضى على الزوج بالمهر ولا يرجع على القاتل بشيء مع ان القتل محظور قلنا القصاص في العمد احد موجبي القتل وكذا الدية في الخطأ فلا يستوجب شيئا آخر بسبب قتل واحد وللزوج نصيب مما هو الواجب فلا يتضاعف حقه واما الزوج فيما نحن بصدده فلا نصيب له ضمن شيء فيضمن ما تلف عليه وهو نصف الصداق كذا في الفوائد الظهيرية وذكر في الاسرار في جواب سؤال

ويرجع به الزوج على الكبيرة ان كانت تعمدت الفساد وان لم تتعمد فلا شئ عليها وان علمت ان الصغيرة امرأته وعن محمد رحمه الله انه يرجع في الوجهين والصحيح ظاهر الرواية لانها وان اكدت ما كان على شرف السقوط وهو نصف المهر وذلك يجري مجرى الاتلاف لكنها مسببة فيه اما لان الارضاع ليس بافساد للنكاح وضعا وانما ثبت ذلك باتفاق الحال اولان فساد النكاح ليس بسبب لالزام المهر بل هو سبب لسقوطه

الردة فقال لا يمكن اضافة الفرقة الى ردة ابويها فان ردتها في الجملة تنفصل عن ردتهما ولا تبين هي بردتهما وانما تبين بردة نفسها فكانت الفرقة لمعنى فيها ثم قال في الاسرار هذه مسئلة مشكلة *

قوله ويرجع به الزوج على الكبيرة ان كانت تعمدت الفساد لانها بالارضاع اكدت ما كان على شرف السقوط بان قبلت ابن زوجها بعد ما صارت مشتهاة وقد اكدته بالارضاع فتضمن نصف المهر كما في شهود الطلاق وكما لو زنى بامرأة ابيه قبل الدخول بها تقع الفرقة بينهما ويقضى على الاب بنصف الصداق ويرجع به على ابنه وذكر الامام المحبوبي رحمه الله لا يرجع الاب على الابن وان كان قال الابن تعمدت فساد النكاح لما انه وجب عليه حد الزنا فلا يغرم شيئا آخر واما لو قبل الابن امرأة ابيه وقال تعمدت فساد النكاح يرجع الاب بما وجب عليه من نصف الصداق على الابن لانه اكد ما كان على شرف السقوط **قوله** وعن محمد رحمه الله انه يرجع في الوجهين اي فيما اذا تعمدت الفساد اولم تتعمد لان من اصله ان المسبب كالمباشر ولهذا جعل فتح باب القفص والاصطبل وحل قيد الابق موجبا للضمان وفي المباشرة المتعدي وغير المتعدي سواء فكذلك في التسبيب على قوله وعلى قول الشافعي رحمه الله يرجع عليها بمهر مثل المنكوحة لانها اتلفت ملك نكاحها وملك النكاح عنده مضمون بالاتلاف حتى قال في شاهدي الطلاق بعد الدخول اذا رجعا ضمنا مهر المثل كذا في المبسوط

الا ان نصف المهر يجب بطريق المتعة على ما عرف لكن من شرطه ابطال النكاح. واذا كانت مسببة يشترط فيه التعدي كحفر البئر ثم انما تكون متعدية اذا علمت بالنكاح وقصدت بالارضاع الافساد اما اذا لم تعلم بالنكاح او علمت بالنكاح ولكنها قصدت دفع الجوع والهلاك من الصغيرة دون الافساد لا تكون متعدية لانها مأمورة بذلك ولو علمت بالنكاح ولم تعلم بالفساد لا تكون متعدية ايضا وهذا امنا اعتبار الجهل لدفع قصد الفساد لا لدفع الحكم ولا تقبل في الرضاع شهادة النساء منفردات وانما يثبت بشهادة رجلين او رجل وامرأتين وقال مالك رحمه الله يثبت بشهادة امرأة واحدة اذا كانت موصوفة بالعدالة لان الحرمة حق من حقوق الشرع فتثبت بخبر الواحد

قوله الا ان نصف المهر يجب بطريق المتعة جواب لسؤال يرد على قوله لان افساد النكاح ليس بسبب لالزام المهر فلا يكون ملزما على الزوج شيئا فقد انتقض قولك بوجوب نصف المهر عند الافساد فعلم بهذا ان الافساد ملزم على الزوج فاجاب عنه بان نصف المهر يجب بطريق المتعة والمتعة تجب ابتداء بالنص بقوله تعالى ومتعوهن لا بمقتضى العقد فان العقد قد انفسخ قبل الاستيفاء فصار كهلاك المبيع قبل القبض وهو لا يوجب على المشتري شيئا فكذلك ههنا **قوله** لانها مأمورة بذلك قال عليه السلام افضل الاعمال اشباع كبد جائع وهو فريضة ان خاف هلاك الصغيرة ومندوب ان كانت جائعة ومباح ان لم تقصد الفساد وتعمد الفساد انما يكون اذا ارضعتها بلا حاجة وتعلم بقيام النكاح وتعلم ان الرضاع مفسد فان فات شيء مما ذكرنا لم تكن متعمدة والقول في ذلك قولها لانه شيء في باطنها لا يقف عليه غيرها فلا بد من قبول قولها فيه **قوله** وهذا منا اعتبار الجهل لدفع قصد الفساد وبه يصير الارضاع تعديا فيصلح سببا للضمان لا لدفع الحكم وهو وجوب الضمان **قوله** ولا تقبل في الرضاع شهادة النساء منفردات اجنبية كانت او ام احد الزوجين والمراد من الانفراد انفرادهن من الرجال لا انفرادها من جماعتهن

كمن اشترى لحما فاخبره واحد انه ذبيحة المجوسي ولنا ان ثبوت الحرمة لا يقبل الفصل عن زوال الملك في باب النكاح وابطال الملك لايثبت الا بشهادة رجلين اورجل وامرأتين بخلاف اللحم لان حرمة التناول تنفك عن زوال الملك فاعتبر امرادينيا والله اعلم بالصواب ٭

قوله كمن اشترى لحما فاخبره واحد انه ذبيحة المجوسي فانه لا ينبغي للمسلم ان يأكل ويطعم غيره لان المخبر اخبره بحرمة العين وبطلان الملك فتثبت الحرمة مع بقاء الملك ثم لما تثبت الحرمة هنا مع بقاء الملك لا يمكنه الرد على بائعه ولا ان يحبس الثمن على البائع **قوله** ولنا ان ثبوت الحرمة لا يقبل الفصل عن زوال الملك في النكاح وابطال الملك يتوقف على شهادة شاهدين كما لوشهدوا على الطلاق وهذا لأن ملك النكاح مع الرضاع لا يجتمعان فتكون الشهادة بالرضاع شهادة بالطلاق اقتضاء بخلاف مسئلة اللحم لان حرمة التناول تقبل الفصل عن زوال الملك فان الخمر مملوكة ولا يحل تناولها وجلد الميتة مملوكة وحرم الانتفاع به واذا كانت الشهادة بحرمة الاكل لا يتضمن زوال ملكه كانت الشهادة قائمة على مجرد الحرمة والحرمة حق الله تعالى فيقبل فيها خبر الواحد لانه امر ديني وكذا اذا خطب رجل امرأة فشهدت امرأة عدلة قبل ان يقع عقد النكاح انها ارضعتهما فهو في سعة من تكذيبها وله ان يتزوجها وكذا لوشهد معها رجل واذا كان المخبر ثقة فالا ولى ان يتنزه عنه ولا يجب عليه ذلك لانه لو ترك نكاح امرأة تحل له كان خيرا له من ان يتزوج امرأة لا تحل له كذا في الكافي للعلامة النسفي رح والله اعلم بالصواب ٭

كتاب الطلاق

باب طلاق السنة

الطلاق على ثلثة اوجه حسن واحسن وبدعي فالاحسن ان يطلق الرجل امرأته تطليقة واحدة في طهر لم يجامعها فيه ويتركها حتى تنقضي عدتها لان الصحابة رضي الله تعالى عنهم كانوا يستحبون ان لايزيدوا في الطلاق على واحدة حتى تنقضي العدة وان هذا افضل عندهم من ان يطلق الرجل ثلثا عند كل طهر واحدة ولانه ابعد من الندامة

كتاب الطلاق

هو اسم بمعنى التطليق كالسلام والسراح بمعنى التسليم والتسريح ومنه قوله تعالى الطلاق مرتان ومصدر من طلقت المرأة بالضم كالجمال من جمل وبالفتح كالفساد من فسد والتركيب يدل على الحل والانحلال ومنه اطلقت الاسير اذا حللت اساره فخليته واطلقت الناقة من العقال وطلقت بالفتح وناقة طالق لاقيد عليها ثم الطلاق على نوعين سني وبدعي فالسني نوعان سني من حيث العدد وسني من حيث الوقت والبدعي نوعان بدعي بمعنى يعود الى العدد وبدعي بمعنى يعود الى الوقت فالسني من حيث العدد نوعان حسن واحسن فالاحسن ان يطلق الرجل امرأته تطليقة في طهر لم يجامعها فيه ويتركها حتى تنقضي عدتها

واقل ضررا بالمرأة ولا خلاف لاحد في الكراهة والحسن هو طلاق السنة وهو ان تطلق المدخول بها ثلثا في ثلثة اطهار وقال مالك رحمه الله انه بدعة ولا يباح الا واحدة لان الاصل في الطلاق هو الحظر والاباحة لحاجة الخلاص وقد اندفعت بالواحدة ولنا قوله صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر رضي الله عنهما ان من السنة ان تستقبل الطهر استقبالا فيطلقها لكل قرء تطليقة ولان الحكم يدار على دليل الحاجة وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وهو الطهر فالحاجة كالمتكررة نظرا الى دليلها ثم قيل الاولى ان يؤخر الايقاع الى آخر الطهر احترازا عن تطويل العدة والاظهر ان يطلقها كما طهرت لانه لو اخر ربما يجامعها ومن قصده التطليق فيبتلي بالايقاع عقيب الوقاع وطلاق البدعة ان يطلقها ثلثا بكلمة واحدة او ثلثا في طهر واحد فاذا فعل ذلك وقع الطلاق وكان عاصيا وقال الشافعي رحمه الله كل طلاق مباح لانه تصرف مشروع حتى يستفاد به الحكم والمشروعية لا تجامع الحظر بخلاف الطلاق في حالة الحيض لان المحرم تطويل العدة عليها لا الطلاق ولنا ان الاصل في الطلاق هو الحظر لما فيه من قطع النكاح الذي تعلقت به المصالح الدينية والدنيوية والاباحة للحاجة الى الخلاص ولا حاجة الى الجمع بين الثلث وهي في المفرق على الاطهار ثابتة نظرا الى دليلها

قوله واقل ضررا بالمرأة حيث لم تبطل محليتها نظرا اليه لان اتساع المحلية نعمة في حقهن ولم يقل احد بكراهته بخلاف الحسن فان فيه خلاف مالك رح **قوله** وطلاق البدعة ان يطلقها ثلثا بكلمة واحدة او ثلثا في طهر واحد وقال الشافعي رحمة الله تعالى عليه كل طلاق مباح ثم قال لا اعرف في الجمع بدعة ولا في التفريق سنة بل كل ذلك مباح ويقول ايقاع الثلث جملة سنة حتى اذا قال لامرأته انت طالق ثلثا للسنة وقع الكل في الحال عنده **قوله** وهي في المفرق على

والحاجة في نفسها باقية فامكن تصوير الدليل عليها والمشروعية في ذاته من حيث انه ازالة الرق لاتنافى الحظر لمعنى في غيره وهو ماذكرناه وكذ الايقاع الثنتين فى الطهر الواحد بدعة لما قلنا واختلفت الرواية فى الواحدة البائنة قال فى الاصل انه اخطأ السنة لانه لاحاجة الى اثبات صفة زائدة فى الخلاص وهي البينونة وفي رواية الزيادات انه لا يكره للحاجة الى الخلاص ناجزا والسنة فى الطلاق من وجهين سنة فى الوقت وسنة فى العدد فالسنة فى العدد تستوي فيها المدخول بها وغير المدخول بها وقد ذكرناها والسنة فى الوقت تثبت فى المدخول بها خاصة وهو ان يطلقها في طهر لم يجامعها فيه لان المراعى دليل الحاجة وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وهو الطهر الخالي عن الجماع اما زمان الحيض فزمان النفرة وبالجماع مرة فى الطهر تفتر الرغبة وغير المدخول بها يطلقها في حالة الطهر والحيض خلافا لزفر رح هو يقيسها على المدخول بها

الاطهار ثابتة نظرا الى دليلها وهو الاقدام على الطلاق في حال يميل قلبه اليها وهو الطهر الخالي عن الجماع والطهر الثاني والثالث نظير الاول في كونهما دليلي الرغبة فصار الحاجة كالمتكررة بالنظر الى دليلها *

قوله والحاجة في نفسها باقية لانه قد يحتاج الى ان يحسم باب النكاح ليتخلص عنها بالكلية لانه ربما يهواها ويميل طبعه اليها ما دام سبيل الوصول اليها ثابتا فيقع في عهدتها فامكن تصوير الدليل عليها **قوله** لمعنى في غيره وهو ماذكرناه وهو قوله لما فيه من قطع النكاح الذي تعلقت به المصالح الدينية او الدنيوية **قوله** لما قلنا اشارة الى قوله ولا حاجة الى الجمع بين الثلث والخلع سني وان كان في حالة الحيض لانه قد يحتاج الى المعاداة لان الله تعالى قال فلا جناح عليهما فيما افتدت به **قوله** والسنة فى العدد تستوي فيها المدخول بها وغير المدخول بها وقد ذكرناها

ولنا ان الرغبة في غير المدخول بها صادقة لا تقل بالحيض ما لم يحصل مقصوده منها وفي المدخول بها تتجدد بالطهر واذا كانت المرأة لا تحيض من صغر وكبر فاراد ان يطلقها ثلثا للسنة طلقها واحدة فاذا مضى شهر طلقها اخرى لان الشهر في حقها قائم مقام الحيض قال الله تعالى واللاتي يئسن من المحيض من نسائكم الى ان قال واللائي لم يحضن والاقامة في حق الحيض خاصة حتى يقدر الاستبراء في حقها بالشهر وهو بالحيض لا بالطهر ثم ان كان الطلاق في اول الشهر تعتبر الشهور بالاهلة

اي السنة في العدد وهو ان يطلقها واحدة فان كانت في المدخول بها في طهر لم يجامعها فيه يكون سنيا في العدد والوقت وان لم يكن كذلك فهو سني في العدد لا في الوقت فيكون سنيا في العدد مطلقا ٠

قوله ولنا ان الرغبة في غير المدخول بها صادقة لا تقل بالحيض فان قيل ينبغي ان يكون الطلاق في حالة الحيض مكروها في غير المدخول بها ايضا لقول النبي عليه السلام لعمر رضي الله تعالى عنه ان ابنك اخطأ السنة فالعبرة لعموم اللفظ وهو الطلاق في حالة الحيض فنعم المدخول بها وغير المدخول بها قلنا كان كذلك في حق المدخول بها بدليل آخر الحديث وهو قوله مرة فليراجعها **قوله** الى ان قال واللائي لم يحضن اي من الصغائر اللاتي لم يبلغن واللاتي يبلغن بالسن كذلك اي يعتدون بثلثة اشهر كذا في التيسير **قوله** والاقامة في حق الحيض خاصة اي لا في حق الحيض والطهر وفي المبسوط وقد ظن بعض اصحابنا رحمهم الله تعالى ان الشهر في حق التي لا تحيض بمنزلة الحيض والطهر في حق التي تحيض وليس كذلك بل الشهر في حقها بمنزلة الحيض في حق التي تحيض حتى يتقدر به الاستبراء ولو كانت الاقامة باعتبارهما لكان ينبغي ان يقدر الاستبراء بعشرة لانه اكثر الحيض

وان كان في وسطه فبالايام في حق التفريق وفي حق العدة كذلك عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يكمل الاول بالاخير والمتوسطان بالاهلة وهي مسئلة الاجارات **قال** ويجوز ان يطلقها للسنة ولا يفصل بين وطئها وطلاقها بزمان وقال زفر رحمه الله يفصل بينهما بشهر لقيامه مقام الحيض ولان بالجماع تفتر الرغبة وانما تتجدد بزمان وهو الشهر ولنا انه لا يتوهم الحبل فيها والكراهية في ذوات الحيض باعتبار ه لان عند ذلك يشتبه وجه العدة والرغبة وان كان تفتر من الوجه الذي ذكر

هذا لان المعتبر في حق ذوات الاقراء الحيض ولكن لا يتصور تجدد الحيض الا بتخلل الطهر وفى الشهور ينعدم هذا المعنى فكان الشهر قائما مقام ما هو المعتبر في حق ذوات الاقراء فان قيل لما اقيم الشهر مقام الحيض فاذا اوقع الطلاق في اي شهر كان من الاشهر الثلثة كان موقعا الطلاق فى الحيض فكان حراما كما في حالة الحيض قلنا الخلف تبع للاصل بحاله لا بذاته اي لا يقوم مقامه في جميع الوجوه فان الشهر في حق الآيسة طهر حقيقة وانما اقيم الشهر مقام الحيض في حق انقضاء العدة والاستبراء وذكر شيخ الاسلام فلو كانت الاشهر بدلا عن الاقراء في حق جميع الاحكام لكان الطلاق بعد الجماع محرما كما في حق ذوات الاقراء فلما لم يحرم علم ان الاشهر قامت مقام الحيض في حق تعلق انقضاء العدة بها لا غيره

قوله وان كان في وسطه اي وان كان ايقاع الطلاق في وسط الشهر ففي حق تفريق الطلاق يعتبر كل شهر بالايام وذلك ثلثون يوما **قوله** ويجوز ان يطلقها ولا يفصل بين وطئها وطلاقها بزمان قال شمس الائمة الحلوائي رحمه الله وكان شيخنا رحمه الله يقول هذا اذا كانت صغيرة لا يرجى منها الحيض والحبل واما اذا كانت صغيرة يرجى منها الحيض والحبل فالافضل ان يفصل بين جماعها وطلاقها بشهر كذا في المحيط

لكن تكثر من وجه آخر لانه يرغب في وطئ غير معلق فرارا عن مؤن الولد فكان الزمان زمان رغبة فصار كزمان الحبل وطلاق الحامل يجوز عقيب الجماع لانه لايؤدي الى اشتباه وجه العدة وزمان الحبل زمان الرغبة في الوطئ لكونه غير معلق او فيها لمكان ولده منها فلا تقل الرغبة بالجماع ويطلقها للسنة ثلثا يفصل بين كل تطليقتين بشهر عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لايطلقها للسنة الا واحدة لان الاصل في الطلاق الحظر وقد ورد الشرع بالتفريق على فصول العدة والشهر في حق الحامل ليس من فصولها فصار كالممتدة طهرها ولهما ان الاباحة لعلة الحاجة والشهر دليلها كما في حق الآئسة والصغيرة وهذا لانه زمان تجدد الرغبة على ما عليه الجبلة السليمة فصلح علما ودليلا بخلاف الممتدة طهرها لان العلم في حقها انما هو الطهر وهو مرجو فيها في كل زمان ولا يرجى مع الحبل واذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض وقع الطلاق لان النهي عنه لمعنى في غيره

قوله لكن تكثر من وجه آخر فان قيل تعارضت جهة الرغبة مع جهة الفتور فتساقطتا بالمعارضة فرجعنا الى الاصل وهو ان الاصل في الطلاق الحظر لما مر فحرم عدم الفصل بين وطئها وطلاقها كما في ذوات الحيض قلنا الطهر زمان الرغبة فلما عارضه فتور الرغبة بالجماع تساويا فترجحت جهة الرغبة بعد تعارضهما لكون الوطئ غير معلق اونقول تعارض الفتور بالجماع مع الرغبة المعينة وهي الرغبة في وطئ غير معلق فبقي نفس الرغبة باعتبار ان الزمان زمان الطهر وذلك لان انتفاء المعين لايوجب انتفاء المطلق فنفس الرغبة كافية لنفي الكراهة لصلاحيتها لدليل الحاجة **قوله** قد ورد الشرع بالتفريق على فصول العدة وهي الاشهر اوالحيض والشهر في حق الحامل ليس من فصولها **قوله** ولا يرجى مع الحبل اي لايرجى تجدد الطهر مع الحبل لان الحيض غير ممكن فلا يمكن الطهر

وهو ما ذكرنا فلا تنعدم مشروعيته ويستحب له ان يراجعها لقوله صلى الله عليه وسلم لعمر رضي الله عنه مر ابنك فليراجعها وقد طلقها في حالة الحيض وهذا يفيد الوقوع والحث على الرجعة ثم الاستحباب قول بعض المشايخ والاصح انه واجب عملا بحقيقة الامر ورفعا للمعصية بالقدر الممكن برفع اثره وهي العدة ودفعا لضرر تطويل العدة قال فاذا طهرت وحاضت ثم طهرت فان شاء طلقها وان شاء امسكها قال رضي الله عنه هكذا ذكر في الاصل وذكر الطحاوي رحمه الله يطلقها في الطهر الذي يلي الحيض الاول قال ابو الحسن الكرخي رحمه الله تعالى ماذكره الطحاوي قول ابي حنيفة رحمه الله وما ذكر في الاصل قولهما ووجه المذكور في الاصل ان السنة ان يفصل بين كل طلاقين بحيضة والفاصل ههنا بعض الحيضة فيكمل بالثانية ولا يتجزى فيتكامل وجه القول الآخر ان اثر الطلاق قد انعدم بالمراجعة فصار كانه لم يطلقها في الحيض فيسن تطليقها في الطهر الذي يليه

ومن قال لامرأته وهي من ذوات الحيض وقد دخل بها انت طالق ثلثا للسنة ولا نية له فهي طالق عند كل طهر تطليقة لان اللام فيه للوقت ووقت السنة طهر لا جماع فيه

قوله وهو ما ذكرنا اشارة الى قوله لان المحرم تطويل العدة عليها لا الطلاق **قوله** عملا بحقيقة الامر وهو قوله عليه السلام لعمر رضي الله تعالى عنه مر ابنك فليراجعها ولايقال بهذا الامر يثبت الوجوب على عمر بان يأمر ابنه بالمراجعة فكيف تثبت المراجعة بقول عمر رضي الله عنه لانا نقول فعل النائب كفعل المنوب فصار كان النبي عليه السلام امر فيثبت به الوجوب **قوله** ورفعا للمعصية بالقدر الممكن المعصية الايقاع ولايمكن رفعه فيرفع اثره حتى لا تتبين بطلاق محظور **قوله** وجه المذكور في الاصل ان السنة ان يفصل بين كل طلاقين بحيضة فان قبل هذا خلاف النص لان النص وهو قوله عليه السلام ان من السنة ان يستقبل الطهر استقبالا وهو غير متعرض طهرا طلقها

وان نوى ان تقع الثلث الساعة او عند رأس كل شهر واحدة فهو على ما نوى سواء كانت في حالة الحيض او في حالة الطهر وقال زفر رحمه الله لاتصح نية الجمع لانه بدعة وهي ضد السنة ولنا انه محتمل لفظه لانه سني وقوعا من حيث ان وقوعه بالسنة لا ايقاعا فلم يتناوله مطلق كلامه وينتظمه عند نيته وان كانت آئسة او من ذوات الاشهر وقعت الساعة واحدة وبعد شهر اخرى وبعد شهر اخرى لان الشهر في حقها دليل الحاجة كالطهر في حق ذوات الاقراء على مابينا وان نوى ان تقع الثلث الساعة وقعن عندنا لماقلنا بخلاف ما اذا قال انت طالق للسنة ولم ينص على الثلث حيث لاتصح نية الجمع فيه لان نية الثلث انما صحت فيه من حيث ان اللام فيه للوقت فيفيد تعميم الوقت ومن ضرورته تعميم الواقع فيه

في الحيض الذي قبله او لم يطلقها فيه قلنا الطهر مع الحيض المتصل به فصل واحد من فصول العدة والطلاق في الحيض كالطلاق في الطهر المتصل به فلو طلقها في الطهر حقيقة لم يكن له ان يطلقها في ذلك الطهر ثانيا على وجه السنة وكذلك اذا طلقها في الحيض المتصل به وروي في بعض الروايات انه عليه السلام قال لعمر رضي الله عنه مر ابنك فليراجعها ثم ليدعها حتى تطهر ثم تحيض فتطهر ثم يطلقها وفسر الطلاق السني في الزيادات بان يطلقها في طهر خال عن الجماع والطلاق عقيب حيض خال عن الجماع والطلاق *

قوله وان نوى ان تقع الثلث الساعة وقعت عندنا لما قلنا وهو انه محتمل لفظه لانه سني وقوعه من حيث ان وقوعه بالسنة لما روي انه عليه السلام قال من طلق امرأته الفا بانت بثلث والباقي رد عليه فان قيل لما كان اللام هنا للوقت كان تقدير كلامه انت طالق ثلثا اوقات السنة فلو قال هكذا ثم نوى ايقاع الثلث جملة الساعة لايصح بل يقع متفرقا في ثلثة اطهار فيجب ان يكون ههنا كذلك قلنا الفرق بينهما

فاذا نوى الجمع بطل تعميم الوقت فلا تصح نية الثلث والله تعالى اعلم بالصواب ٥

فصل

ويقع طلاق كل زوج اذا كان عاقلا بالغا ولا يقع طلاق الصبي والمجنون والنائم

ان اللام ليس بصريح في الوقت بل يحتمله فيترجح جانب الوقت بذكر السنة و مطلق السنة ينصرف الى الكامل و هو السنة وقوعا وايقاعا فلذلك انصرف اليه عند عدم النية واما جانب احتمال ان لايكون اللام للوقت فباق فيترجح عند نيته ان تقع جملة فكان ذكر السنة منصرفا الى نيته وقوعا واما عند التصريح بالوقت لم يحتمل غير وقت السنة فانصرف لذلك الى وقت السنة كاملا وهو ان يكون وقوعا وايقاعا وهو انما يكون عند التفريق على الاطهار ٥

قوله فاذا نوى الجمع بطل تعميم الوقت لان عموم الوقت في الحال محال والثلث انما تثبت في ضمن عموم الوقت فاذا بطل المتضمن وهو قوله للسنة بقي قوله انت طالق وفيه لا تصح نية الثلث فاما اذا نص على الثلث وبطل قوله للسنة بنية الثلث في الساعة بقي قوله انت طالق ثلثا فتقع الثلث وفي الشافي وفي الاصل تصح لان بنيته لا تبطل دلالة اللفظ على العدد فعند النية يصير المحتمل كالملفوظ والله تعالى اعلم بالصواب ٥

فصل

قوله ويقع طلاق كل زوج ولا ينتقض هذا بالحاق البائن لان ذلك اثبات الثابت حتى لو كان صريحا يقع ولانه لم يقل يقع كل طلاق كل زوج بل قال يقع طلاق كل زوج وطلاق هذا الزوج مما يقع في الجملة بدليل وقوعه قبل ثبوت البينونة ولانه ليس بزوج مطلقاه

لقوله عليه السلام كل طلاق جائز الا طلاق الصبي والمجنون ولان الاهلية بالعقل المميز وهما عديما العقل والنائم عديم الاختيار وطلاق المكره واقع خلافا للشافعي رحمه الله هو يقول ان الاكراه لا يجامع الاختيار وبه يعتبر التصرف الشرعي بخلاف الهازل لانه مختار في التكلم بالطلاق

قوله لقوله عليه السلام كل طلاق جائز المراد من الجواز هنا النفاذ كما في البيع وغيره ونفاذه انما يكون بالوقوع ولم يرد بالجواز ضد الحرمة لانه قال الا طلاق الصبي والمجنون وفعلهما فيما يرجع الى المعاملات لا يوصف بالحرمة لانه لا يجرى القلم عليهما بكتبة السيئة والحرمة باعتبارها فكان الجواز محمولا على النفاذ وذلك بالوقوع **قوله** وهما عديما العقل فان قيل هذا في المجنون مسلم واما الصبي فيوصف بالعقل فيقال يصح اسلام الصبي العاقل قلنا لما لم يعتدل عقله بالبلوغ كان طرف العدم ثابتا بعد لقيام الصبي خصوصا فيما يضره وهذا لان اعتبار القصد يبتني على الخطاب ومبنى الخطاب على اعتدال الحال ولكن قدر ذلك العقل وان لم يعتدل فصلح لتحقق ما هو حسن لعينه بحيث لا يحتمل القبح كالايمان وتحقيق ما هو قبيح لعينه بحيث لا يحتمل الحسن كالردة لانهما لا يحتملان الرد بعد تحققهما بعدهما لما يجيء ان شاء الله تعالى والعاقل من يستقيم كلامه وافعاله وغيره نادر والمجنون ضده والمعتوه من يختلط كلامه وافعاله فيكون هذا غالبا مرة وذا غالبا مرة **قوله** هو يقول ان الاكراه لا يجامع الاختيار وهذا لان المكره يقصد دفع الشر عن نفسه لا عين ما يتكلم به وهو مضطر الى هذا القصد والاختيار مفسد فيفسد قصده شرعا الا ترى انه لو اكره على الاقرار بالطلاق يلغو اقراره بخلاف الهازل لانه مختار في السبب اي في التكلم بالطلاق ٠

ولنا انه قصد ايقاع الطلاق في منكوحته في حال اهليته فلا يعري عن قضيته دفعا للحاجة اعتبارا بالطائع وهذا لانه عرف الشرين واختار اهونهما وهذا آية القصد والاختيار الا انه غير راض بحكمه وذلك غير مخل به كالهازل وطلاق السكران واقع واختار الكرخي والطحاوي رحمهما الله تعالى انه لا يقع وهو احد قولي الشافعي رحمة الله تعالى عليه لان صحة القصد بالعقل وهو زائل العقل

قوله ولنا انه قصد ايقاع الطلاق هذا احترازعن الاقرار بالطلاق مكرها فانه يلغو لان الاقرار خبر محتمل بين الصدق والكذب وقيام السيف على رأسه دليل على انه كاذب فيه والمخبر به اذا كان كذبا فبالاخبار عنه لا يصير صدقا **قوله** في حال اهليته احترازعن الصبي والمجنون **قوله** فلا يعري عن قضيته اي حكمه **قوله** وهذا لانه عرف الشرين فاختار اهونهما هذا جواب عن قوله ان الاكراه لا يجامع الاختيار وهذا لان ركن التصرف صدر من اهله مضافا الى محله عن ولاية شرعية فوجب القول بالنفاذ كما في الطائع ولا خفاء في المحلية والولاية الشرعية وكذا في الاهلية لان الاهلية تكون بالعقل والقصد الصحيح والاختيار وقد وجد العقل وكذا القصد والاختيار لان بالاكراه لا يفوت القصد الصحيح فالمكره يقصد ما باشره ولكن لغيره وهو دفع الشر عن نفسه لا لعينه فهو كالهازل يقصد الى التكلم بالطلاق اللعب لا لعينه والهزل لا يمنع وقوع الطلاق فكذا الاكراه وللمكره اختيار صحيح لانه عرف الشرين من الهلاك والطلاق فاختار اهونهما وهو الطلاق وهذا دليل صحة قصده واختياره الا ان الرضاء فائت وفواته لا يخل بوقوع الطلاق كالهازل فان قيل الاختيار في المكره ناقص لانه يشوبه نوع اضطرار في التكلم به بخلاف الهازل قلنا القصد والاختيار امر باطن فيدار الحكم بوقوع الطلاق على اجرائه الكلمة التي يقع بها الطلاق على لسانه لهانية ما في الباب انه لولا الاكراه لما طلق ولكن هذا القدر من النقصان في الاختيار

فصار كزواله بالبنج والدواء ولنا انه زال بسبب هو معصية فجعل باقيا حكما زجراله

غير مخل كما اذا كان الحامل له على الطلاق امرآخر من سوء خلقها او قبح فعلها فانهما لايفارقان في ان تطليقها للمفسدة الراجحة في بقاء النكاح لكن المفسدة الراجحة ههنا قبل المكره اياه لولا التطليق وثمه امرآخر •

قوله فصار كزواله بالبنج في مسئلة البنج تفصيل فانه ذكر عبد العزيز الترمذي رحمه الله فقال سألت ابا حنيفة رحمة الله تعالى عليه وسفيان الثوري عن رجل شرب البنج فارتفع الى رأسه فطلق امرأته قال ان كان حين شرب يعلم انه ماهو تطلق امرأته وان كان حين شرب لم يعلم انه ماهو لاتطلق امرأته ولو شرب من الاشربة التي تتخذ من الحبوب اومن العسل اومن الشهد و سكر وطلق امرأته لا يقع طلاقه عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله خلافا لمحمد رحمه الله وذكر في المبسوط وحجتنا ما روينا كل طلاق جائز الا طلاق الصبي والمعتوه ولان السكران مخاطب فاذا صادف تصرفه محله يعد كالصاحي وبيان انه مخاطب ان الله تعالى قال يا ايها الذين آمنوا لاتقربوا الصلوة وانتم سكارى فهذا ان كان خطابا له في حال سكره فظاهر وكذا ان كان خطابا له قبل سكره لانه لايقال للعاقل اذا جننت فلاتفعل كذا ولان الخطاب انما يتوجه باعتدال الحال وذا باطن لايوقف عليه فاقيم السبب الظاهر الدال عليه وهو البلوغ عن عقل مقامه تيسيرا وبالسكر لم يزل هذا المعنى و غفلته عن نفسه بسبب هو معصية فلايستحق به التخفيف ولم يكن ذلك عذرا في المنع من نفوذ شيء من تصرفاته بعد ما تقرر سببه لان بالسكر لايزول عقله ولكن يعجز عن استعماله لغلبة السرور عليه ولئن زال فهو حاصل بسبب هو معصية فلم يؤثر في اسقاط ما ينبني على التكليف بل يجعل باقيا حكما زجرا وتنكيلا الاترى انه الحق بالصاحي في حق وجوب القصاص والحد حتى لو قتل انسانا او قذفه في هذه الحالة

حتى لو شرب فصدع وزال عقله بالصداع نقول انه لا يقع طلاقه وطلاق الاخرس واقع بالاشارة لانها صارت معهودة فاقيمت مقام العبارة دفعا للحاجة وستأتيك وجوهه في آخر الكتاب ان شاء الله تعالى •

يجب عليه الحد والقصاص فلان يلحق بالصاحي في ما لا يسقط بالشبهة اولى بخلاف البنج فان غفلته ليست بسبب هو معصية وما يعتريه نوع مرض فلا يكون سكرا حقيقة وكان كالاغماء وجعل الامام المحقق فخر الاسلام رحمه الله السكر على نوعين مباح ومحظور ثم رتب هذه الاحكام وهي وقوع الطلاق والعتاق على السكر المحظور دون المباح وجعل السكر من المباح بمنزلة الاغماء في حق منع وقوع الطلاق والعتاق ثم قال اما السكر المباح فمثل من اكره على شرب الخمر بالقتل فانه يحل له ذلك وكذلك المضطر اذا شرب منها مايرد به العطش فسكر به واما السكر المحظور فهو السكر من كل شراب محرم وذكر الامام ابو الفضل الكرماني رحمه الله في الايضاح ولو اكره على الشرب او شرب الخمر عند الضرورة فسكر فان طلاقه واقع لان زوال العقل حصل بفعل هو محظور في الاصل فان حظر العقل وان زال بعارض الاكراه لكن السبب الداعي الى الحظر قائم فاثر قيام السبب في حق الطلاق فان قيل زوال العقل اذا كان بسبب المعصية جعل العقل باقيا زجرا له فلم لم يجعل الاقامة باقية في حق المسافر العاصي حتى لا يترخص برخصة المسافر زجرا له قلنا الرخصة متعلقة بالسفر ولا معصية فيه فلا يجعل في حكم العدم لمعنى جاوره وهو خبث باطنه وهذا لان زوال الاقامة ليس بالمعصية ليجعل الاقامة باقية حكما زجرا له وههنا زوال العقل بالمعصية فيجعل باقيا تقديرا زجرا له •

قوله حتى لو شرب فصدع وزال عقله بالصداع نقول انه لا يقع طلاقه فان قيل الصداع حصل بالخمر فيضاف السكر اليها بواسطته كما في شراء القريب قلنا الخمر ليست بموضوعة للصداع والشراء موضوع للملك فافترقا •

وطلاق الامة ثنتان حرا كان زوجها اوعبدا وطلاق الحرة ثلث حرا كان زوجها اوعبدا وقال الشافعي رحمة الله تعالى عليه عدد الطلاق معتبر بحال الرجال لقوله صلى الله عليه وسلم الطلاق بالرجال والعدة بالنساء ولان صفة المالكية كرامة والآدمية مستدعية لها ومعنى الآدمية فى الحر اكمل فكانت مالكيته ابلغ واكثر ولنا قوله صلى الله عليه وسلم طلاق الامة ثنتان وعدتها حيضتان ولان حل المحلية نعمة في حقها وللرق اثر في تنصيف النعم الا ان العقدة لا تتجزى فتكاملت عقدتين وتأويل ما روي ان الايقاع بالرجال

واذا تزوج العبد امرأة حرة فطلقها وقع طلاقه ولا يقع طلاق مولاه على امرأته

قوله وطلاق الامة ثنتان وهو قول علي وابن مسعود رضي الله عنهما وما قاله الشافعي رح قول عمر وزيد بن ثابت واما عبد الله بن عمر رضي الله عنهما فيعتبر بمن رق منهما حتى لا يملك عليها ثلث تطليقات الا اذا كانا حرين كذا فى المبسوط **قوله** لقوله عليه السلام الطلاق بالرجال والعدة بالنساء فوجه التمسك به ان النبي عليه السلام قابل الطلاق بالعدة على وجه يختص كل واحد منهما بجنس على حدة ثم اعتبار العدة بالنساء بالاجماع من حيث القدر فيجب ان يكون اعتبار الطلاق بالرجال من حيث القدر تحقيقا للمقابلة **قوله** ومعنى الآدمية في الحر اكمل بدليل شهادة الاحكام لان الحر يصلح للقضاء والشهادة والولاية واذا كان كذلك فيعتبر حال الزوج لانه هو المالك والمالكية من معنى الآدمية ايضا وذلك فيما قلته بانه يملك الثلث اذا كان حرا ويملك الثنتين اذا كان عبدا ولنا قوله عليه السلام طلاق الامة ثنتان ذكرها محلاة بالالف واللام فيتناول الجنس فيكون طلاق الامة التي تحت حر ثنتين **قوله** ولان حل المحلية نعمة هذا رد لتعليل الخصم في موضع فانه يقول حل المحلية اشارة الى تمهيد المحل لاثبات الملك فيه بالعقد وذلك ليس من الكرامة بل هو معتبر بنقصان حال المحل فلم يؤثر رقها فى تنصيف الحل

لان ملك النكاح حق العبد فيكون الاسقاط اليه دون المولى والله اعلم بالصواب ٭

باب ايقاع الطلاق

قال الطلاق على ضربين صريح وكناية فالصريح قوله انت طالق ومطلقة وطلقتك فهذا يقع به الطلاق الرجعي لان هذه الالفاظ تستعمل فى الطلاق ولا تستعمل في غيره فكان صريحا وانه يعقب الرجعة بالنص ولا يفتقر الى النية لانه صريح فيه لغلبة الاستعمال

وانا نقول الحل نعمة وكرامة من الجانبين جميعا قال الله تعالى لا هن حل لهم ولا هم يحلون لهن فسوى بينهما في موضع النفي فكذا في موضع الاثبات وهذا لان عقد النكاح من باب المصالح وضعا من الجانبين فثبوت الملك عليها ما كان مقصودا ولكن لتحقيق ماهو المقصود وهو حل المحلية الاترى ان من كان ابعد عن الاسلام لم يثبت في حقه حل المحلية كالمجوسية وتأويل ماروي وهو قوله الطلاق بالرجال قيل انه كلام زيد لا يثبت مرفوعا الى رسول الله عليه السلام واما قوله ومعنى الآدمية فى الحر اكمل فكانت مالكيته ابلغ واكثر قلنا ان الحجر يثبت مرة باحوال المالك مع قيام اصل الملك كما فى الصبي والمجنون ومرة يثبت بمعنى فى المحل بان لا يقبل التصرف كالعصير يتخمر والعبد يأبق وههنا المرأة محل هذا العقد فيقع الاختلال فى التصرف بسبب اختلال المحل لما ان حل المحل يختل بالرق على ما مر ٭

قوله لان ملك النكاح حق العبد وهذا لان النكاح من خواص الآدمية والعبد مبقى على اصل الحرية فيها فعلى هذا يجب ان يملك العبد النكاح بدون اذن المولى لكن لو قلنا به يتضرر المولى فلذلك لم يملك بدون اذن المولى والله تعالى اعلم بالصواب ٭

باب ايقاع الطلاق

قوله وانه يعقب الرجعة بالنص وهو قوله تعالى وبعولتهن احق بردهن فهذه الآية تدل على

وكذا اذا نوى الابانة لانه قصد تنجيز ما علقه الشرع بانقضاء العدة فيرد عليه

ان الطلاق الرجعي لا يرفع الزوجية ولا يبطلها فان الله تعالى سماه بعلا بعد الطلاق وهو الزوج فان قيل اليس ان الله تعالى قال احق بردهن وانما يستعمل الرد فيما زال عنه ملكه وا ما ماهو في حكم ملكه لا يصح ان يقال ردها الى ملكه قلنا يجوز اطلاق اسم الرد عند انعقاد سبب زوال الملك فيكون الرد بمعنى المنع للسبب عن اثبات الزوال فيكون فسخا للسبب فان اسم الرد كما يطلق لفسخ السبب والحكم جميعا يطلق لفسخ السبب كما اذا اشترى جارية فوجد بها عيبا ففسخ يقال رد الجارية بالعيب ففيه فسخ السبب والحكم جميعا واذا اشترى على انهما بالخيار ولم يثبت الملك للمشتري بالاتفاق ثم اذا فسخها يقال رد الجارية ففيه فسخ السبب لا غير فان قيل لا يخلو عن احد المجازين لان الرد لو كان على حقيقته وهو الرد بالنكاح الجديد كان اسم البعل مجازا ولو كان البعل على حقيقته كان الرد مجازا فلم يرجح جعل جانب الرد مجازا قلنا لما ان البعل في اللغة اسم للزوج حقيقة والحقيقة لا يترك الا بالدليل واما لفظ الرد فيستعمل في الوجهين الذين ذكرهما ولانه جعل الرد الى الازواج والرد اذا كان بسبب النكاح لا يكون هو احق منها ٭

قوله وكذا اذا نوى الابانة هذا عطف على قوله فهذا يقع به الطلاق الرجعي يعني يقع به الطلاق الرجعي وان نوى الابانة **قوله** فيرد عليه لانه استعجل ما اخره الشرع فيجازى بالرد كما في قتل المورث جوزي بالحرمان وكما في قصد من عليه السهو بتسليم قطع الصلوة رد قصده عليه ٭

ولونوى الطلاق عن وثاق لم يدين فى القضاء لانه خلاف الظاهر ويدين فيما بينه و بين الله تعالى لانه يحتمله ولو نوى به الطلاق عن العمل لم يدين في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى لان الطلاق لرفع القيد وهو غير مقيد بالعمل وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه يستعمل للتخليص ولو قال انت مطلقة بتسكين الطاء لا يكون طلاقا الا بالنية لانها غير مستعملة فيه عرفا فلم يكن صريحا ولا يقع به الا واحدة وان نوى اكثر من ذلك وقال الشافعي رحمه الله يقع مانوى لانه محتمل لفظه فان ذكر الطالق ذكر للطلاق لغة كذكر العالم ذكر للعلم ولهذا يصح قران العدد به ويكون نصبا على التفسير ولنا انه نعت فرد حتى قيل للمثنى طالقان وللثلث طوالق فلا يحتمل العدد لانه ضده و ذكر الطالق ذكر لطلاق هو صفة للمرأة لا لطلاق هو تطليق والعدد الذي يقرن به نعت لمصدر محذوف معناه طلاقا ثلثا كقولك اعطيته جزيلا اي اعطاء جزيلا ولو قال انت الطلاق او انت طالق الطلاق او انت طالق طلاقا فان لم تكن له نية او نوى واحدة او ثنتين فهي واحدة رجعية وان نوى ثلثا فثلث فوقوع الطلاق باللفظة الثانية والثالثة ظاهر لانه لو ذكر النعت وحده يقع به الطلاق فاذا ذكره و ذكر المصدر معه وانه يزيده وكادة اولى واما وقوعه باللفظة الاولى فلان المصدر يذكر ويراد به الاسم يقال رجل عدل اي عادل فصار بمنزلة قوله انت طالق وعلى هذا لو قال انت

قوله ولونوى به الطلاق عن العمل لم يدين فى القضاء ولا فيما بينه و بين الله تعالى ولو قال انت طالق من عمل كذا وقع به الطلاق قضاء لا فيما بينه وبين الله تعالى وكل ما لا يدينه القاضي فيه فكذلك المرأة اذا سمعت منه اوشهد به عندها شاهد عدل لايسعها ان يدينه لانها لايعرف منه الا الظاهر كالقاضي كذا فى المبسوط **قوله** وذكر الطلاق

طلاق يقع الطلاق به ايضا ولا يحتاج فيه الى النية ويكون رجعيا لما بينا انه صريح فى الطلاق لغلبة الاستعمال فيه وتصح نية الثلث لان المصدر يحتمل العموم والكثرة

هو صفة للمرأة لا لطلاق هو تطليق وحاصله ان ذكرا لنعت يقتضي وصفا ثابتا لموصوف لغة كذكر العالم هو ذكر لعلم قام بالموصوف لا بالواصف وكذلك في قولنا جالس وقائم واذا كان كذلك فنية العدد انما يعمل فى الطلاق الذي هو فعل الرجل اذا كان محتملا لنية العدد فلما كان هذا نعتا للمرأة ولم يكن الطلاق ثابتا بها قبل هذا كان نعته اياها بذلك كذبا محضا في مخرجه لغة كما اذا قلت لرجل قائم انه جالس او على العكس لكن اثبت طلاق بها شرعا لا لغة قبيل قوله انت طالق لضرورة تصحيح وصف الواصف به وذلك ثابت اقتضاء ولا عموم للمقتضى عندنا لان ثبوته لتصحيح الكلام لما ان الثابت بطريق الضرورة يثبت على حسب ثبوت الضرورة لا ما وراءه والضرورة تندفع بالواحدة فلما لم يثبت الطلاق فيما وراءه لا لغة ولا شرعا كانت نية الثلث او الثنتين مصادفة للعدم فلا يثبت الا بمجرد النية ولا يقع بالنية شيء اذا لم يكن اللفظ محتملا لها وكذلك قوله طلقتك او انت مطلقة فلا وجه لتصحيحه الا ان يجعل الطلاق ثابتا قبل اخباره بهذا لضرورة تصحيح اخباره فكان هذا ثابتا شرعا ايضا بطريق الاقتضاء فلا يعمل نية الثنتين او الثلث لما قلنا بخلاف قوله طلقي لان ثبوت التطليق هناك ليس على طريق الاقتضاء لانه لا ضرورة لتصحيح الصدق حتى يثبت الطلاق قبله ضرورة لما انه للطلب لا للاخبار فلم يثبت هناك من معنى الاقتضاء الذي ذكرناه فى الاخبار

لانه اسم جنس فيعتبر بسائر اسماء الاجناس فيتناول الادنى مع احتمال الكل فلاتصح نية الثنتين فيهما خلافا لزفر رحمه الله هو يقول ان الثنتين بعض الثلث فلماصحت نية الثلث صحت نية بعضها ضرورة ونحن نقول نية الثلث انما صحت لكونها جنساحتى لوكانت المرأة امة تصح نيةالثنتين باعتبارمعنى الجنسية اما الثنتان في حق الحرة عدد واللفظ لايحتمل العددوهذالان معنى التوحد مراعى في الفاظ الوحدان وذلك بالفردية او الجنسية والمثنى بمعزل منهما

قوله لانه اسم جنس فيعتبر بسائر اسماء الاجناس كما لو حلف ان لا يشرب الماء فانه لونوى جميع المياه يصح وان لم ينوشيئا ينصرف الى ادنى ما يطلق عليه الاسم وان نوى قدحا وقد حين لا يصح وهذا لان معنى التوحد مراعى في الفاظ الوحدان وذا بالفردية لتوحدها حقيقة وحكما او الجنسية لتفردها حكما لانك لوعددت الاجناس كان هذا باجزائه واحد اوليست بفرد حقيقة اذهي اجزاء متعددة فصارهذا الاسم الفرد واقعا على الكل بصفة انه واحد ولما كان الادنى فردا حقيقة وحالا كان اولى بالاسم الفرد عندالاطلاق والآخر محتمل والمثنى ليس بفرد حقيقة وحالا يتناوله الفرد حتى لوكانت المنكوحة امة تصح نية الثنتين باعتبار معنى الجنسية فان قيل لما اقيم قوله انت طالق مقام انت الطلاق وفي قوله انت طالق لاتصح نية الثلث فينبغي ان لا يقع بقوله انت طالق الثلث وان نوى كما في قوله انت طالق قلنا لاتصح نية الثلث في قوله انت طالق لان ذلك نعت فرد من كل وجه فلايحتمل العدد كما ذكرنا واما الطلاق فمصدر في اصله وان وصف به فلمح فيه جانب المصدرية فلذلك خالف لقوله انت طالق في صحة نية الثلث ا ونقول انما صح نية الثلث في قوله انت طالق لا ن معنى

ولو قال انت طالق الطلاق وقال اردت بقولي طالق واحدة وبقولي الطلاق اخرى يصدق لان كل واحد منهما صالح للايقاع فكانه قال انت طالق وطالق فتقع رجعيتان اذا كانت مدخولا بها واذا اضاف الطلاق الى جملتها او الى مايعبر به عن الجملة وقع الطلاق لانه اضيف الى محله وذلك مثل ان يقول انت طالق لان التاء ضمير المرأة او يقول رقبتك طالق اوعنقك طالق اورأسك طالق اوروحك اوبدنك او جسدك او فرجك اووجهك لانه يعبر بها عن جميع البدن اما الجسد والبدن فظاهر وكذا غيرهما قال الله تعالى فتحرير رقبة وقال فظلت اعناقهم لها خاضعين وقال صلى الله عليه وسلم لعن الله الفروج على السروج ويقال فلان رأس القوم ويا وجه العرب وهلك روحه بمعنى نفسه ومن هذا القبيل الدم في رواية يقال دمه هدر ويراد به النفس وهوظاهر وكذلك ان طلق جزء شائعا مثل ان يقول نصفك او ثلثك طالق لان الجزء الشائع محل لسائر التصرفات كالبيع وغيره فكذا يكون محلا للطلاق الا انه لا يتجزى في حق الطلاق فيثبت في الكل ضرورة •

قوله انت طلاق ذات طلاق على حذف المضاف لا ان يكون طلاق بمعنى طالق الا ان قولنا ذات طلاق وطالق واحد في المعنى فلذلك قيل انه بمعنى طالق فصح نية الثلث في قوله انت طلاق دون قوله انت طالق وفي المبسوط لوقال انت الطلاق فمعناه انت طالق الطلاق حتى صح فيه نية الثلث •

قوله ولوقال انت طالق الطلاق وقال عنيت بقولي طالق واحدة وبقولي الطلاق اخرى صدق لان كل واحدة يصلح للايقاع باضمار انت فصار كقوله انت طالق انت الطلاق فيقع رجعيتان ان كان مدخولا بها والالغا الكلام الثاني ولا يقع •

ولو قال يدك طالق او رجلك طالق لم يقع الطلاق وقال زفر والشافعي رحمهما الله يقع وكذا الخلاف في كل جزء معين لا يعبر به عن جميع البدن لهما انه جزء مستمتع بعقد النكاح وما هذا حاله يكون محلا لحكم النكاح فيكون محلا للطلاق فيثبت الحكم فيه قضية للاضافة ثم يسري الى الكل كما في الجزء الشائع بخلاف ما اذا اضيف اليه النكاح لان التعدي ممتنع اذ الحرمة في سائر الاجزاء تغلب الحل في هذا الجزء وفي الطلاق الامر على العكس ولنا انه اضاف الطلاق الى غير محله فيلغو كما اذا اضافه الى ريقها او ظفرها وهذا لان محل الطلاق ما يكون فيه القيد لانه ينبئ عن رفع القيد ولا قيد في اليد والرجل ولهذا لا تصح اضافة النكاح اليه بخلاف الجزء الشائع لانه محل للنكاح عند نا حتى تصح اضافته اليه فكذا يكون محلا للطلاق

قوله ولو قال يدك طالق او رجلك طالق لم يقع الطلاق وقال زفر والشافعي رحمهما الله يقع لهما انه جزء مستمتع بعقد النكاح وما هذا حاله يكون محلا لحكم النكاح فيكون محلا للطلاق لان الطلاق لرفع حكم النكاح فيكون محله ما هو محل حكم النكاح ولا يلزم انه لا تصح اضافة النكاح اليه ولو كان محلا لصحت لانه مع قيام المحلية لا تصح اضافة النكاح اليه لان التعدي الى سائر الاجزاء غير ممكن لان قيام الحرمة في سائر الاجزاء منع من تعدي الحل اليها اذ الحرمة تغلب الحل وفيما نحن فيه استقامت التعدية الى سائر الاجزاء تغليبا للحرمة على الحل ولنا انه اضافة الطلاق الى غير محله فيلغوا وهذا لان الطلاق وضع لرفع القيد فيكون محله ما يكون فيه القيد وليس في اليد قيد ولهذا صح النكاح والطلاق وان لم يكن لها يد ولو اضاف النكاح اليه لا يصح بخلاف الجزء الشائع لانه صح اضافة النكاح اليه عند نا فيكون محلا للنكاح فيكون محلا للطلاق والتعدي من محل اضيف اليه التصرف الى محل آخر انما يستقيم ان لو صلح المحل الذي اضيف اليه التصرف مستتبعا

واختلفوا فى الظهر والبطن والاظهر انه لا يصح لانه لايعبر بهما عن جميع البدن وان طلقها نصف تطليقة اوثلث تطليقة كانت طالقا تطليقة واحدة لان الطلاق لايتجزى

للجزء الذي لم يضف اليه التصرف وانما يصلح مستتبعا له ان لوكان اصلا بنفسه فيستتبع غيره فى الحكم والجزء الشائع اصل بنفسه اذلا وجود للمحل بدونه فجازان يستتبع جزء مثله فى الحكم تصحيحا لتصرفه اتباعا للبعض الذي لم يثبت الحكم فيه لعدم الدليل للبعض الذي يثبت الحكم فيه بالدليل واما الجزء المعين فتابع في نفسه في حق محلية الحكم على معنى انه يتصور وجود المحل ووجود حكم التصرف بدونه فلوقلنا بالاستتباع لادى الى جعل الاصل تابعا لتابعه وجعل التابع اصلا لاصله وهو باطل ولايقاس اليد على الرأس لان الوقوع ثمه لا باضافة الطلاق الى الرأس حتى لوقال الرأس منك طالق لايطلق ولكن باعتبار ان الرأس يعبر به عن البدن كامرحتى لوعبر باليد عن البدن عند قوم يقع الطلاق باضافته الى اليد كذافى المبسوط وقوله عليه السلام على اليد مااخذت على حذف المضاف اي على صاحب اليد الاان اليد لما كانت آلة الاخذ اضيف اليها وذكرفى الاسرار اراد النبي عليه السلام بذكراليد صاحبها وعندنا متى قال الزوج اردت اضمار صاحبها طلقت ولانه يجوزان يكون اليد هناك عبارة عن الكل مقرونا بالاخذ لان الاخذ باليد يكون فلا يكون كذلك مقرونا بالطلاق *

قوله واختلفوا فى الظهر والبطن والاظهرانه لايصح اي لايقع الطلاق حتى لوقال ظهرك علي كظهرامي اوبطنك علي كبطن امي لايكون مظاهرا *

ما

وذكر بعض مالايتجزئ كذكر الكل كذا الجواب فى كل جزء سماه لما بينا ولوقال لها انت طالق ثلثة انصاف تطليقتين فهي طالق ثلثا لان نصف التطليقتين تطليقة فاذا جمع بين ثلثة انصاف تكون ثلث تطليقات ضرورة ولوقال انت طالق ثلثة انصاف تطليقة قيل يقع تطليقتان لانها طلقة ونصف فتتكامل وقيل يقع ثلث تطليقات لان كل نصف يتكامل في نفسه فيصير ثلثا ولو قال انت طالق من واحدة الى ثنتين اومابين واحدة الى ثنتين فهي واحدة ولوقال من واحدة الى ثلث اومابين واحدة الى ثلث فهي ثنتان وهذا عندابي حنيفة رحمه الله وقالا فى الاولى هي ثنتان وفى الثانية ثلث وقال زفر رحمه الله فى الاولى لايقع شئ و فى الثانية تقع واحدة وهو القياس لان الغاية لاتدخل تحت المضروب له الغاية كما لوقال بعت منك من هذا الحائط الى هذا الحائط وجه قولهما وهو الاستحسان ان مثل هذا الكلام متى ذكر فى العرف يراد به الكل كما تقول لغيرك خذ من مالي من درهم الى مائة ولابي حنيفة رحمه الله ان المراد به الاكثر من الاقل والاقل من الاكثر فانهم يقولون سني من ستين الى سبعين اومابين ستين الى سبعين ويريدون به ماذكرناه وارادة الكل فيماطريقه طريق الاباحة كما ذكر اوالاصل فى الطلاق هو الحظر

قوله وذكر بعض مالايتجزئ كذكر كله صيانة لكلام العاقل عن الالغاء وتغليبا للمحرم على المبيح واعمالا للدليل بالقدر الممكن لانه اذا قام الدليل على البعض وهو ممالايتجزئ لولم يتكامل يؤدي الى ابطال الدليل **قوله** وقال زفر رحمه الله فى الاولى لا يقع شئ وقد حاج الاصمعي في هذه المسئلة عند باب الرشيدفقال له الاصمعي ما قولك في رجل قيل له كم سنك فقال مابين ستين الى سبعين ايكون ابن تسع سنين فتحير زفر رحمة الله تعالى عليه وقال استحسن في مثل هذا كذا ذكره فخر الاسلام رحمة الله تعالى عليه

ثم الغاية الاولى لا بد ان تكون موجودة ليترتب عليها الثانية وو جودها بوقوعها بخلاف البيع لان الغاية فيه موجودة قبل البيع ولونوى واحدة يدين ديانة لا قضاء لانه محتمل كلامه لكنه خلاف الظاهر ولو قال انت طالق واحدة في ثنتين و نوى الضرب والحساب اولم تكن له نية فهي واحدة وقال زفر رحمة الله تعالى عليه تقع ثنتان لعرف الحساب وهو قول حسن ابن زياد رحمة الله تعالى عليه ه

قوله ثم الغاية الاولى لابد ان تكون موجودة ليترتب عليها الثانية لانه اوقع الثانية ولا ثانية قبل الاولى ولابد للكلام من الابتداء فاذا لم يوقع الاولى كما قال زفر رحمه الله تصير الثانية ابتداء فلايمكن ايقاعها ايضا فلاجل هذه الضرورة ادخلت الغاية الاولى ولاضرورة فى الغاية الثانية فاخذنا فيها بالقياس كما قال زفر رحمه الله وحاصله انه لما لم يتصور وقوع الثانية الا بعد وقوع الاولى اوقعنا الاولى وهذا المعنى لا يوجد فى الغاية الاخيرة لانه يتصور وقوع الثانية بدون الثالثة فان قيل اليس انه لو قال لها انت طالق تطليقة ثانية لم يقع الا واحدة ولا يقال من ضرورة وقوع الثانية وقوع الاولى قلنا لان قوله ثانية صار لغوا هناك وقوله ههنا من واحدة الى ثلث كلام معتبر في ايقاع الثانية ولا يتحقق ذلك الا بعد ايقاع الاولى فان قيل فعلى قول زفر رحمه الله اذا قال انت طالق من واحدة الى واحدة ينبغي ان لا يقع شيء لانه ليس بين الحدين شيء قلنا قال بعض المتأخرين ينبغي ان يكون هكذا على قياس مذهبه والاصح انه تقع تطليقة واحدة لان آخر كلامه لغو باعتبار انه جعل الشيء حدا ومحدودا وذلك لا يتصور فاذا الغا آخر كلامه يبقى قوله انت طالق كذا فى الجامع الصغير لشمس الائمة السرخسي رحمة الله تعالى عليه ه

ولنا ان عمل الضرب في تكثير الاجزاء لا في زيادة المضروب وتكثير اجزاء التطليقة لايوجب تعددها فان نوى واحدة وثنتين فهي ثلث لانه يحتمله فان حرف الواو للجمع والظرف يجمع المظروف ولوكانت غير مدخول بها تقع واحدة كما في قوله واحدة وثنتين وان نوى واحدة مع ثنتين تقع الثلث لان كلمة في تأتي بمعنى مع كما في قوله تعالى فادخلي في عبادي اي مع عبادي ولو نوى الظرف تقع واحدة لان الطلاق لا يصلح ظرفا فيلغو ذكر الثاني ولو قال اثنتين في اثنتين ونوى الضرب والحساب فهي ثنتان وعند زفر رح ثلث لان قضيته ان تكون اربعا لكن لامزيد للطلاق على الثلث وعندنا الاعتبار للمذكور الاول على ما بيناه ولو قال انت طالق من هنا الى الشام فهي واحدة تملك الرجعة وقال زفر رحمة الله تعالى عليه هي بائنة لانه وصف الطلاق بالطول

قوله ولنا ان عمل الضرب في تكثير الاجزاء لا في زيادة المضروب فانه لوكان يزداد في نفسه لم يبق احد في الدنيا فقيرا لانه يضرب مائة في الف درهم فيصير مائة الف درهم وتكثير اجزاء الطلقة لا يوجب تعددها كما لو قال انت طالق نصف تطليقة وثلثها وسدسها لم يقع الا واحدة **قوله** وان نوى واحدة مع اثنتين يقع الثلث دخل بها اولا **قوله** وقال زفر رحمه الله هي بائنة لانه وصف الطلاق بالطول ولا يقال انه لو قال انت طالق تطليقة طويلة يقع الرجعي عنده فكيف يقع البائن هنا وانه كناية عنه لانا نقول ثم صرح بالطول وهنا كني عنه وثبوت الشيء كناية اقوى من ثبوته صريحا لان ذا ثابت بدليله بخلاف مالوكان مصرحا فان قولك كثير الرماد ابلغ في وصفه بالجود من قولك جواد لان كثرة الرماد اثر الجود وعلامته فكان دليلا عليه بخلاف وصفه بالجود مجردا ولان قوله من ههنا الى الشام يفيد الطول والعرض وجاز ان لا يحصل البينونة عنده بوصفه بالطول فحسب ويقع عنده وصفه بالطول والعرض لانه يفيد العظم فصار كانه قال انت طالق كالجبل

وقلنا لا بل وصفه بالقصر لانه متى وقع وقع فى الاماكن كلها ولو قال انت طالق بمكة اوفي مكة فهي طالق فى الحال في كل البلاد وكذلك لو قال انت طالق فى الدار لان الطلاق لا يتخصص بمكان دون مكان وان عنى به اذا اتيت مكة يصدق ديانة لا قضاء لانه نوى الاضمار وهو خلاف الظاهر ولو قال انت طالق اذا دخلت مكة لم تطلق حتى تدخل مكة لانه علقه بالدخول ولو قال في دخولك الدار يتعلق بالفعل لمقاربة بين الشرط والظرف فحمل عليه عند تعذر الظرفية والله تعالى اعلم بالصواب ٭

وثم عنده يقع البائن لان المشبه به عظيم كذا هنا بخلاف نفس الطول لانه ليس فيه عظم فكان كنفس التشبيه وعنده لا يقع البائن بنفس التشبيه اذا لم يكن المشبه به عظيما على انه جاز ان يكون له روايتان في هذه المسئلة فقد ذكر المشايخ رحمه الله في دليله لانه وصف الطلاق بالطول فصار كانه قال انت طالق تطليقة طويلة ولو قال كذلك كان بائنا كذا هنا٭

قوله قلنا لا بل وصفه بالقصر ونفس الطلاق لا يحتمل القصر لانه ليس بجسم وقصر حكمه بكونه رجعيا **قوله** لمقاربة بين الشرط والظرف لان المظروف لا يوجد بدون الظرف وكذلك المشروط لا يوجد بدون الشرط والله تعالى

فصل في اضافة الطلاق الى الزمان

ولوقال انت طالق غداوقع عليها الطلاق بطلوع الفجر لانه وصفها بالطلاق في جميع الغد وذلك بوقوعه في اول جزء منه ولو نوى به آخر النهار صدق ديانة لا قضاء لانه نوى التخصيص في العموم وهو يحتمله وكان مخالفا للظاهر ولوقال انت طالق اليوم غدا اوغدا اليوم فانه يؤخذ باول الوقتين الذي تفوه به فيقع في الاول في اليوم وفي الثاني في الغد لانه لما قال اليوم كان تنجيز والمنجز لا يحتمل الاضافة ولوقال غدا كان اضافة والمضاف لا يتنجز لما فيه من ابطال الاضافة فلغا اللفظ الثاني في الفصلين ولو قال انت طالق في غدوقال نويت آخرا لنهار دين في القضاء عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يدين في القضاء خاصة لانه وصفها بالطلاق في جميع الغد فصار بمنزلة قوله غدا على ما بيناه ولهذا يقع في اول جزء منه عند عدم النية وهذا الان حذف كلمة في واثباته سواء لانه ظرف في الحالين

فصل في اضافة الطلاق الى الزمان

قوله لانه نوى التخصيص في العموم ونية التخصيص في العموم صحيحة فيما بينه وبين الله تعالى كما لوقال لاآكل طعاما ونوى طعاما دون طعام كذا في المبسوط **قوله** لانه لما قال اليوم كان تنجيزا والمنجز لا يحتمل الاضافة فان قيل اذا قال انت طالق اليوم اذا جاء غد فهي طالق حين يطلع الفجر فقد احتمل التعليق مالولم يذكر بعده التعليق لكان منجزا فينبغي ان يحتمل الاضافة مالولم يكن ذكر الغد بعده لكان منجزا وانما ينجز بذكر اليوم اذا لم يذكر الاضافة متصلا به كما في التعليق قلنا ذكر الامام شمس الائمة السرخسي رحمه الله في المبسوط انه انما يغير حكم اول الكلام هناك لان ذلك تعليق بالشرط وبذكر الشرط موصولا بكلامه يخرج كلامه من ان يكون تنجيزا كما لوقال انت طالق اليوم اذا كلمت فلانا اوان كلمت فلانا لم تطلق قبل الكلام وتبين بذكر الشرط ان قوله اليوم لبيان وقت التعليق لا لبيان وقت

لابي حنيفة رحمه الله تعالى عليه انه نوى حقيقة كلامه لان كلمة في للظرف والظرفية لا تقتضي الاستيعاب وتعين الجزء الاول ضرورة عدم المزاحم فاذا عين آخر النهار كان التعيين القصدي اولى بالاعتبار من الضروري بخلاف قوله غدا لانه يقتضي الاستيعاب حيث وصفها بهذه الصفة مضافا الى جميع الغد نظيره اذا قال والله لاصومن عمري ونظير الاول والله لاصومن في عمري وعلى هذا الدهر وفي الدهر ولو قال انت طالق امس وقد تزوجها اليوم لم يقع شيء لانه اسنده الى حالة معهودة منافية لمالكية الطلاق فيلغو كما اذا قال انت طالق قبل ان اخلق ولانه يمكن تصحيحه اخبارا عن عدم النكاح او عن كونها مطلقة بتطليق غيره من الازواج ولو تزوجها اول من امس وقع الساعة لانه ما اسنده الى حالة منافية ولا يمكن تصحيحه اخبارا ايضا فكان انشاء والانشاء في الماضي انشاء في الحال فيقع الساعة ولو قال انت طالق قبل ان اتزوجك لم يقع شيء لانه اسنده الى حالة منافية فصار كما اذا قال طلقتك وانا صبي او نائم او يصح اخبارا على ما ذكرناه ولو قال انت طالق ما لم اطلقك او متى لم اطلقك او متى ما لم اطلقك وسكت طلقت لانه اضاف الطلاق الى زمان خال عن التطليق وقد وجد حيث سكت وهذا لان كلمة متى ومتى ما صريح في الوقت لانهما من ظروف الزمان وكذا كلمة ما للوقت قال الله تعالى ما دمت حيا اي وقت الحيوة ولو قال انت طالق ان لم اطلقك لم تطلق حتى يموت لان العدم لا يتحقق الا باليأس عن الحيوة وهو الشرط كما في قوله ان لم آت البصرة

الوقوع بخلاف قوله اليوم غدا فان هناك ليس بذكر الشرط فيبقى قوله اليوم بيانا لوقت الوقوع *

قوله لابي حنيفة رحمه الله تعالى عليه انه نوى حقيقة كلامه فيصدق وهذا لانه ايقاع الطلاق في الغد لانه جعل الغد ظرفا والظرفية تليق بالايقاع والظرف لا يقتضي استيعاب المظروف كقولك زيد في الدار بل يقتضي وجوده في جزء من اجزاء المظروف غير انه متى لم ينو

وموتها بمنزلة موته وهو الصحيح ولو قال انت طالق اذا لم اطلقك او اذا مالم اطلقك لم تطلق حتى يموت عند ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه وقالا تطلق حين سكت لان كلمة اذا للوقت قال الله تعالى اذا الشمس كورت وقال قائلهم

؞ واذا تكون كريهة ادعى لها ؞ واذا يحاس الحيس يدعى جندب ؞

فصار بمنزلة متى ومتى ماولهذا لو قال لامرأته انت طالق اذا شئت لايخرج الامر من يدها بالقيام عن المجلس كما في قوله متى شئت ولابي حنيفة رح انه يستعمل في الشرط ايضا قال قائلهم

؞ واستغن ما اغناك ربك بالغنى ؞ واذا تصبك خصاصة فتجمل ؞

فان اريد به الشرط لم تطلق في الحال وان اريد به الوقت تطلق فلاتطلق بالشك والاحتمال بخلاف مسئلة المشية لانه على اعتبار انه للوقت لايخرج الامر من يدها وعلى اعتبار انه للشرط يخرج والامر صار في يدها فلا يخرج بالشك والاحتمال وهذا الخلاف فيما اذا لم تكن له نية اما اذا نوى الوقت يقع في الحال ولو نوى الشرط يقع في آخر العمر لان اللفظ يحتملهما

شيئا يعين الجزء الاول باعتبار السبق وعدم المعارض ومتى نوى جزءكان تعيين الجزء المنوي وهو قصدي اولى بالاعتبار من الجزء الاول وهو ضروري بخلاف قوله انت طالق غدا لانه وصفها بهذه الصفة في جميع الغد الاترى ان من قال والله لاصومن في العمر يتناول ساعة من العمر حتى لوصام ساعة بر في يمينه ولو قال العمر تناول جميع العمر حتى لا يبر من يمينه الابصوم جميع العمر وكذا لو قال ان صمت الدهر فعبدي حر يقع على صوم الابد ولو قال ان صمت في الدهر فعبدي حر يقع على صوم ساعة والفقه فيه ان غدا ظرف ضروري لثبوته لا بلفظه وقوله في غد ثبت بلفظ يدل عليه وما ثبت باللفظ يحتمل النية لا ما ثبت بدونه كما في قوله لا اشرب ونوى شرابا دون شراب وفي قوله لا اشرب شرابا ٭

قوله وموتها بمنزلة موته وهو الصحيح وفى النوادر لايقع الطلاق بموتها لان الزوج

ولو قال انت طالق ما لم اطلقك انت طالق فهي طالق بهذه التطليقة معناه قال ذلك موصولا به والقياس ان يقع المضاف فيقعان ان كانت مدخولا بها وهو قول زفر رحمه الله لانه وجد زمان لم يطلقها فيه وان قل وهو زمان قوله انت طالق قبل ان يفرغ منها وجه الاستحسان ان زمان البر مستثنى عن اليمين بدلالة الحال لان البر هو المقصود ولا يمكنه تحقيق البر الا ان يجعل هذا القدر مستثنى واصله من حلف لا يسكن هذا الدار فاشتغل بالنقلة من ساعته لم يحنث واخواته على ما يأتيك في الايمان ان شاء الله تعالى ومن قال لامرأة يوم اتزوجك فانت طالق فتزوجها ليلا طلقت لان اليوم يذكر ويراد به بياض النهار

قادر على الايقاع كما اذا قال ان لم ادخل الدار فانت طالق يقع بموته ولم يقع بموتها لان بعد موتها يمكن دخول الدار فلا يتحقق الياس فلا يقع وانما يتحقق العجز عن الايقاع بموتها فلو وقع الطلاق لوقع بعد موتها والصحيح ان موتها كموته لانها اذا اشرفت على الموت فقد بقي من حيوتها ما لا يسع للتكلم بالطلاق ولذلك القدر من الزمان صالح لوقوع المعلق لانه يستغني عن زمان التكلم فوجد الشرط والملك قائم والمحل باق بخلاف قوله ان لم ادخل الدار ان لم آت البصرة لانه لا يتحقق الياس بموتها فلا يكون موتها كموته وفي الجامع الصغير التمرتاشي رحمة الله تعالى عليه وان مات احدهما طلقت فان كان رجعيا توارثا لبقاء الزوجية وان كان بائنا ان ماتت لم يرثها وان مات هو ورثته ان كانت مدخولا بها لانه طلاق الفار ٭

قوله واخواته وهي نحو قوله لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه ولا يركب هذه الدابة وهو راكبها فنزعه في الحال ونزل منها لا يحنث ٭

فيحمل عليه اذاقرن بفعل يمتد كالصوم والامر باليد لانه يراد به المعيار وهذا اليق به ويذكر ويراد به مطلق الوقت قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره المراد به مطلق الوقت فيحمل عليه اذاقرن بفعل لايمتد والطلاق من هذا القبيل فينتظم الليل والنهار ولو قال عنيت به بياض النهار خاصة دين في القضاء لانه نوى حقيقة كلامه والليل لا يتناول الاالسواد والنهار لا يتناول الا البياض خاصة هو اللغة والله تعالى اعلم بالصواب ه

قوله فيحمل عليه اذا قرن بفعل يمتد كالصوم والامر باليد حتى اذا قال انت طالق اذا صمت يوما طلقت في اليوم الذي يصوم حين تغيب الشمس ولو قال امرك بيدك يوم تقدم فلان فقدم فلان نهارا فلم تعلم به حتى جن الليل فلا خيار لها لان الامر باليد مما يمتد **قوله** (والطلاق) والتزوج من هذا القبيل وفي بعض النسخ والطلاق من هذا القبيل وهو الاظهر لان المراد من فعل قرن به هو المظروف وهو الجزاء لا المضاف اليه وبعض المشايخ اعتبروا المضاف اليه فيما لا يختلف الجواب وهو ما اذا كان المظروف والمضاف اليه مما لا يمتد تسامحا نظرا الى حصول المقصود وهو استقامة الجواب حيث صرحوا في قوله يوم اكلم فلانا فامرأته طالق بان المقرون هو الكلام والكلام مما لا يمتد وفي قوله يوم اتزوجك فانت طالق فتزوجها ليلا طلقت لان التزوج مما لا يمتد فاما فيما لا يختلف الجواب فيه بالاعتبارين بان كان احدهما ممتدا والآخر غير ممتد فالكل اعتبروا المظروف ولم يلتفتوا الى المضاف اليه كما في مسئلة الامر فان الكل اعتبروا فيها الامر باليد الذي هو مظروف دون القدوم الذي هو مضاف اليه فثبت ان المعتبر هو المظروف في هذا الباب دون المضاف اليه والله تعالى اعلم بالصواب ه

فصل

ومن قال لامرأته انا منك طالق فليس بشيء وان نوى طلاقا ولو قال انا منك بائن او عليك حرام ينوي الطلاق فهي طالق وقال الشافعي رحمه الله يقع الطلاق في الوجه الاول ايضا اذا نوى لان ملك النكاح مشترك بين الزوجين حتى ملكت المطالبة بالوطئ كما يملك هو المطالبة بالتمكين وكذا الحل مشترك بينهما والطلاق وضع لازالتها فيصح مضافا اليه كما صح مضافا اليها كما في الابانة والتحريم ولنا ان الطلاق لازالة القيد وهو فيها دون الزوج الا ترى انها هي الممنوعة عن التزوج والخروج ولو كان لازالة الملك فهو عليها لانها مملوكة والزوج مالك ولهذا سميت منكوحة بخلاف الابانة لانها لازالة الوصلة وهي مشتركة وبخلاف التحريم لانه لازالة الحل وهو مشترك فصحت اضافتهما اليهما ولا تصح اضافة الطلاق الا اليها ولو قال انت طالق واحدة او لا فليس بشيء قال رضي الله تعالى عنه هكذا ذكر في الجامع الصغير من غير خلاف وهذا قول ابي حنيفة رحمه الله وابي يوسف رحمه الله آخرا وعلى قول محمد رحمه الله وهو قول ابي يوسف رحمه الله اولا تطلق واحدة رجعية ذكر قول محمد رحمه الله في كتاب الطلاق فيما اذا قال لامرأته انت طالق واحدة او لا شيء

فصل

قوله ولو قال انا منك بائن او عليك حرام ينوي الطلاق فهي طالق لان الابانة لازالة الوصلة وهي مشتركة والتحريم لازالة الحل وهو مشترك ولو لم يقل منك او عليك لم يطلق لان حله ووصلته قد يكون باخرى فلا يتعين هذه بلا ذكر وليس كذلك انت بائن او حرام لان حلها ووصلتها معه لا غير **قوله** وهو فيها دون الزوج لانه لا تطلق بعد

ولا فرق بين المسئلتين ولوكان المذكورههنا قول الكل فعن محمد رحمة الله تعالى عليه روايتان له انه ادخل الشك فى الواحدة لدخول كلمة او بينها وبين النفي فيسقط اعتبار الواحدة فبقي قوله انت طالق بخلاف قوله انت طالق اولا لانه ادخل الشك في اصل الايقاع فلا يقع

النكاح الى ما شاء ويستمتع باماته وثلث سواها فان قيل الزوج ايضا ممنوع عن التزوج باختها واربع سواها فيكون مقيدا قلنا هذا ليس بقيد من جانبها فان العاجز عن التصرف بحكم انه لم يكن مشروعا لا يكون مقيدا فان كل انسان عاجز عن القضاء مالم يقلد وليس بمقيد وكذا الصبي عاجز عن التصرفات وليس بمقيد فالمقيد الحقيقي من له الآلات السلمية لفعل المشي والبطش وبسبب القيد يمتنع عن ذلك فالمقيد الحكمي هكذا ينبغي ان يكون له آلات القدرة من العقل والبلوغ ثم امتنع نفاذ تصرفه لمانع القيد كالمرأة تقيدت بقيد رق النكاح عليها ولا رق في جانب الزوج ولكنه منهي عن نكاح الخمس والجمع بين الاختين قبل نكاح هذه فلا يكون حكما لنكاح هذه المرأة ولا من اثره فكان اضافة الطلاق الى الرجل وانه لازالة القيد او الملك لغة وشرعا ولا قيد ولا ملك فى الرجل فيكون اضافة الشيء الى غير محله فيلغوا بخلاف الابانة والتحريم لان التحريم لاثبات الحرمة والابانة لقطع الوصلة لغة والحل والوصلة مشترك بينهما فصحت اضافتهما اليهما وقوله والحل مشترك والطلاق وضع لابطاله قلنا الطلاق ما وضع لابطال الحل بل لرفع القيد او الملك والحل الثابت لها عليه يكون تبعا لا قصدا بل ثبت ضرورة ثبوت الحل له عليها ٭

قوله ولا فرق بين المسئلتين اي بين قوله اولا وقوله او لا شيء فلا يختلف جواب محمد فيهما فبيان قول محمد فيما اذا قال لامرأته انت طالق واحدة اولا شيء تكون بائنا في واحدة اولا

قوله ولوكان المذكورههنا اي فى الجامع الصغير قول الكل فعن محمد رحمه الله روايتان اي فيهما

ولهما ان الوصف اذا قرن بالعدد كان الوقوع بذكر العدد الاترى انه لو قال لغير المدخول بها انت طالق ثلثا تطلق ثلثا ولو كان الوقوع بالوصف للغا ذكر الثلث وهذا لان الواقع في الحقيقة انما هو المنعوت المحذوف معناه انت طالق تطليقة واحدة على مامر واذا كان الواقع ما كان العدد نعتا له كان الشك داخلا في اصل الايقاع فلا يقع شيء

ولو قال انت طالق مع موتي او مع موتك فليس بشيء لانه اضاف الطلاق الى حالة منافية له لان موته ينافي الاهلية وموتها ينافي المحلية ولا بد منهما واذا ملك الزوج امرأته او شقصا منها او ملكت المرأة زوجها او شقصا منه وقعت الفرقة للمنافات بين الملكين اما ملكها اياه فللاجتماع بين المالكية والمملوكية واما ملكه اياها فلان ملك النكاح ضروري

قوله ولهما ان الوصف اذا قرن بالعدد كان الوقوع بذكر العدد اي قوله انت طالق اذا قرن بالواحدة او بالثنتين او بالثلث وانما اطلق اسم العدد على الواحدة لانها اصل العدد يعني ان الوصف متى قرن بالعدد كان الكل كلاما في الايقاع فحينئذ كان الشك الداخل في الواحدة داخل في الايقاع فحينئذ يصير نظير قوله انت طالق اولا وهناك لا يقع شيء بالاجماع كذا هنا دل عليه وقوع الثلث على غير المدخول بها اذا قال لها انت طالق ثلثا لانه لو كان الوقوع قبل قوله ثلثا للغا ذكر الثلث ولهذا لو قال لها انت طالق واحدة او قال انت طالق ثلثا فصادفها قوله انت طالق وهي حية وصادفها العدد وهي ميت لا يقع فلو كان الوقوع بقوله انت طالق لوقع الطلاق وثمرة ذلك تظهر في غير المدخول بها حتى لو كانت مطلقة يجب نصف المسمى ولو لم تكن مطلقة يجب جميع المسمى. ويظهر ايضا في حق من حلف لا تطلق امرأته **قوله** فليس بشيء

ولا ضرورة مع قيام ملك اليمين فينتفي ولو اشتراها ثم طلقها لم يقع شيء لان الطلاق يستدعي قيام النكاح ولا بقاء له مع المنافي لا من وجه ولا من كل وجه وكذا اذا ملكته او شقصا منه لا يقع الطلاق لما تلنا من المنافاة وعن محمد رحمة الله تعالى عليه انه يقع لان العدة واجبة بخلاف الفصل الاول

اي لا يقع شيء لان معنى قوله مع موتي بعد موتي الا ترى انه لو قال انت طالق مع دخولك الدار فان الدخول يصير شرطا ولا تطلق الا بعد الدخول فكذلك ههنا لو وقع الطلاق بهذا اللفظ انما يقع بعد موته او بعد موتها ولا نكاح بينهما بعد موت احدهما لان مع للمقارنة وحال موت احدهما حال ارتفاع النكاح والطلاق لا يقع الا في حال استقرار النكاح فاذا كان الايقاع يقترن بالموت كان الوقوع بعده لان الوقوع حكم الايقاع والحكم يعقب السبب ولا يقترن به كذا ذكره شمس الائمة السرخسي رحمة الله تعالى عليه *

قوله ولا ضرورة مع قيام ملك اليمين فينتفي فان قيل هذا مسلم فيما اذا ملك الزوج جميع منكوحته بملك اليمين اما اذا ملك شقصا منها فلا يثبت الحل بملك الشقص فينبغي ان لا يبقى الحل الثابت بينهما نكاحا لانه لم يطرأ عليه لاجل قوي ولا ضعيف قلنا ملك اليمين دليل على الحل فقام مقام الحل تيسيرا فعلى هذا ينبغي ان يبطل نكاح المكاتب ايضا اذا اشترى منكوحته لورود دليل الحل القوي على الضعيف ومع ذلك لا يبطل ذكره في المبسوط لان الثابت له في كسبه حق الملك وحق الملك لا يمنع بقاء النكاح ولان ملك اليمين لا يثبت للمكاتب انما يثبت له ملك التصرف لان قيام الرق يمنعه عن ذلك والمكاتب عبد ما بقي عليه درهم فلم يبطل نكاحه لذلك **قوله** ولا بقاء له مع المنافي لا من وجه وهو العدة ولا من كل وجه وهو النكاح

لانه لا عدة هنالك حتى حل وطئها له وان قال لها وهي امة لغيره انت طالق ثنتين مع عتق مولاك اياك فاعتقها ملك الزوج الرجعة لانه علق التطليق بالاعتاق او العتق لان اللفظ ينتظمهما والشرط مايكون معدوما على خطر الوجود وللحكم تعلق به والمذكور بهذه الصفة والمعلق به التطليق لان في التعليقات يصير التصرف تطليقا عند الشرط عندنا واذا كان التطليق معلقا بالاعتاق او العتق يوجد بعده ثم الطلاق يوجد بعد التطليق فيكون الطلاق متأخرا عن العتق فيصادفها وهي حرة فلا تحرم عليه حرمة غليظة بالثنتين يبقى شيء وهو ان كلمة مع للقران قلنا قد يذكر للتأخير كما في قوله تعالى فان مع العسر يسرا ان مع العسر يسرا فيحمل عليه بدليل ماذكرنا من معنى الشرط

قوله لانه لا عدة هنالك وهذا لان العدة انما تجب لاستبراء الرحم عن الماء ويستحيل استبراء رحمها من ماء نفسه مع بقاء السبب الموجب لحل الوطئ فان قيل اليس انه لايجوز التزويج وهذا دليل على وجوب العدة قلنا قد قالوا لا عدة عليها بدليل انه لو زوجها من آخر جاز والصحيح انه لا يجوز تزويجها من آخر والحاصل انه لا تجب العدة عليها في حق من اشتراها وهل يجب في حق غيره فهو على الروايتين وفي الجامع الصغير التمرتاشي وقالوا واشترى امرأته ثم باعها لايحل للمشتري وطئها حتى تحيض بحيضتين وكذا لو زوجها المشتري حتى تحيض بحيضتين **قوله** لانه علق التطليق بالاعتاق او العتق لان قوله مع عتق مولاك اياك يحتمل ان يراد مع اعتاق مولاك اياك على طريق استعارة الحكم عن علته والدليل عليه انه استعمل العتق متعديا ويحتمل ان يراد به العتق حقيقة فحينئذ يحتاج الى الاضمار اي مع عتقك اعتاق مولاك اياك ومثله كثير في كلام العرب **قوله** لان اللفظ ينتظمهما اي لفظ العتق يحتمل الاعتاق على طريق الاستعارة والعتق على طريق الحقيقة لانه هو الملفوظ ومعنى الانتظام

ولو قال اذاجاء غدفانت طالق ثنتين وقال المولى اذاجاء غدفانت حرة فجاء الغدلم تحل له حتى تنكح زوجا غيره وعدتها ثلث حيض وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله زوجها يملك الرجعة لان الزوج قرن الايقاع باعتاق المولى حيث علقه بالشرط الذي علق به المولى وانما ينعقد المعلق سببا عند الشرط والعتق يقارن الاعتاق لانه علته اصله الاستطاعة مع الفعل فيكون التطليق مقارنا للعتق ضرورة

ههنا احتمال التناول على طريق البدلية لما عرف ان اللفظ الواحد لا ينتظم الحقيقة والمجاز معا ومعنى قوله انه علق التطليق بالاعتاق او العتق لان العتق حكم الاعتاق والحكم يقارن العلة فيقارن العتق الاعتاق فيكون التعليق بالاعتاق تعليقا بالعتق فيصح حينئذ ان يقال التطليق معلق بالاعتاق لانه اريد بالعتق ويصح ان يقال معلق بالعتق لانه حكمه فيقارنه في الوجود فيتوقف التطليق عليه ايضا وانما قلنا انه علق التطليق بالاعتاق او العتق لانه جعل التطليق متصلا بالعتق وذا لا يتصور الا بان يتعلق احدهما بالآخر تعلق الشرط بالمشروط او يتعلق احدهما بالآخر تعلق العلة بالمعلول او يتعلقا بشرط واحد او بعلة واحدة والثالث منتف لانهما لم يتعلقا بشرط واحد او بعلة واحدة وكذا الثاني لان اعتاق المولى ليس بعلة لتطلق الزوج وكذا تطليقه ليس بعلة لاعتاقه فتعين الوجه الاول واستحال ان يتعلق العتق بالتطليق لانه حينئذ يزول ملك المالك بلا رضاه فتعين تعلق الطلاق بالاعتاق وقد وجدت امارة الشرط في الاعتاق لانه معدوم على خطر الوجود وللطلاق تعلق به والمعلق به التطليق لا الطلاق عندنا لما عرف ان اثر التعليق في منع السبب فيصير التصرف تطليقا عند الشرط عندنا وعنده صار تطليقا زمان التكلم فان قيل يجب على هذا ان يصح قوله انت طالق مع نكاحك بمعنى ان نكحتك ولم يصح ذلك قلنا هنا ما لك الانشاء فاحتجنا الى تصحيح تعليقه فعدلنا عن الحقيقة لذلك وثمه لا يملك الانشاء فلم يعتبر كلامه الا في صريح الشرط

فتطلق بعد العتق فصار كالمسئلة الاولى ولهذا تقدر عدتها بثلث حيض ولهما انه علق الطلاق بما علق به المولى العتق ثم العتق يصادفها وهي امة فكذا الطلاق والطلقتان تحرمان الامة حرمة غليظة بخلاف المسئلة الاولى لانه علق التطليق لا الطلاق باعتاق المولى فيقع الطلاق بعد العتق على ماقررناه وبخلاف العدة لانه تؤخذ فيها بالاحتياط وكذا الحرمة الغليظة تؤخذ فيها بالاحتياط ولاوجه الى ماقال لان العتق لوكان يقارن الاعتاق لانه علته فالطلاق يقارن التطليق لانه علته فيقترنان والله تعالى اعلم بالصواب .

قوله فتطلق بعد العتق فان قيل التطليق يقارن الاعتاق لتعلقهما بشرط واحد ويلزم من ذلك ان يكون وقوع العتق والطلاق معا ضرورة مقارنة كل واحد من هذين المعلولين بعلته فكيف يستقيم قوله فتطلق بعد العتق قلنا الجواب عنه من وجهين احدهما ان مشايخنا اختلفوا في ان الاحكام الشرعية هل تتأخر عن عللها او تقارنها كما في العقليات فجاز ان يختار محمد رحمه الله تعالى في الطلاق قول من يقول بتأخر المعلول عن علته في الشرعيات وفي الاعتاق قول الاخرين ممن يقول المعلول يقارن العلة في الشرعيات وانما اختار هذا لان العتق اسرع نفوذا لكونه مندوبا والطلاق ابطأ ثبوتا لكونه مبغوضا اولان لا تلزم الحرمة الغليظة بالشك على انا نقول المعلق بالشرط كالمرسل لدى الشرط ولا شك انه تقدم في الوجود او جزهما لفظا في الارسال عند مجيء الغد فكذا في التعليق وقوله انت حرة او جز من قوله انت طالق ثنتين فيستقيم قوله تطلق بعد العتق والثاني يجوز ان يكون المراد بقوله بعد العتق مع العتق كما ان المراد من قوله انت طالق مع عتق مولاك اياك بعد عتق مولاك اياك في المسئلة المتقدمة وعلى هذا التاويل يتأتى التقريب ايضا لان وقوع الطلاق اذا كان مصادفا لحال ثبوت العتق وهي حرة حال ثبوت العتق كالجسم

فصل في تشبيه الطلاق و وصفه

ومن قال لامرأته انت طالق هكذا يشير بالابهام والسبابة والوسطى فهي ثلث لان الاشارة بالاصابع تفيد العلم بالعدد في مجرى العادة اذا اقترنت بالعدد المبهم قال صلى الله عليه وسلم الشهر هكذا وهكذا وهكذا الحديث وان اشار بواحدة فهي واحدة وان اشار بالثنتين فهي ثنتان لما قلنا والاشارة تقع بالمنشورة منها

يكون اسود حال اسوداده ويكون عالما حال قيام العلم به فصار بمنزلة قوله انت طالق ثنتين مع عتق مولاك ولهذا اتعتد بثلث حيض وهذا آية كونها حرة حال الطلاق ولهما انه اذا ثبتت المقارنة بين العتق والطلاق والعتق يصادفها وهي امة فيكون الطلاق مصادفا للامة ايضا والطلقتان تحرمان الامة حرمة غليظة ولا نسلم كونها حرة زمان ثبوت العتق بل الشيء في زمان ثبوته ليس بثابت اجماعا بلا خلاف بين العقلاء اولانه لما وقع التعارض بين دليل الحرمة والحل رجحنا المحرم اخذا بالاحتياط وانما تعتد بثلث حيض احتياطا ايضا على ان العدة وجبت بعد الطلاق وحال وجوب العدة هي حرة بخلاف قوله انت طالق ثنتين مع عتق مولاك اياك لان هناك جعل العتق شرطا للتطليق لانه علق الطلاق بمعدوم على خطر الوجود فهذا هو معنى الشرط وصار مع بمعنى ان وقد يجيء مع بمعنى بعد قال الله تعالى ان مع العسر يسرا واذا كان الاعتاق شرطا للطلاق تقدم العتق على وقوع الطلاق لا محالة والله تعالى اعلم بالصواب *

فصل في تشبيه الطلاق ووصفه

قوله والاشارة تقع بالمنشورة منها واعلم انه لا فرق بين الاشارة بالاصابع التي اعتاد الناس الاشارة بها وبين الاصابع الاخر كذا في الفوائد الظهيرية

وقيل اذا اشار بظهورهافبالمضمومة منها واذا كان تقع الاشارة بالمنشورة منهافلو نوى الاشارة بالمضمومتين يصدق ديانة لا قضاء وكذا اذا نوى الاشارة بالكف حتى يقع في الاولى ثنتان ديانة وفي الثانية واحدة لانه يحتمله لكنه خلاف الظاهر ولولم يقل هكذا تقع واحدة لانه لم يقترن بالعدد المبهم فبقي الاعتبار لقوله انت طالق واذا وصف الطلاق بضرب من الزيادة والشدة كان بائنا مثل ان يقول انت طالق بائن او البتة وقال الشافعي رحمه الله يقع رجعيا اذا كان بعد الدخول لان الطلاق شرع معقبا للرجعة فكان وصفه بالبينونة خلاف المشروع فيلغو كما اذا قال انت طالق على ان لا رجعة لي عليك ولنا انه وصفه بما يحتمله لفظه الا ترى ان البينونة قبل الدخول وبعد العدة تحصل به فيكون هذا الوصف لتعيين احد المحتملين

قوله وقيل اذا اشار بظهورها فبالمضمومة منها اعتبارا بطريق الحساب وعرفهم وقيل ان كان بطن كفه الى السماء فالعبرة للنشر وان كان الى الارض فالعبرة للضم وقيل ان كان نشرا عن ضم فالعبرة للنشر وان كان ضما عن نشر فالعبرة للضم كذا ذكره الامام التمرتاشي رحمة الله تعالى عليه **قوله** حتى يقع في الاولى ثنتان يعني صحت نيته ديانة في المسئلتين حتى يقع في المسئلة الاولى ثنتان لانه نوى الاشارة بالمضمومتين وفي المسئلة الثانية واحدة لانه نوى الاشارة بالكف **قوله** ولنا انه وصفه بما يحتمله فان قيل لو كان قوله انت طالق محتملا للبينونة ينبغي ان يصح نية البينونة في قوله انت طالق لان النية انما تعمل فيما احتمله اللفظ ولم يصح قلنا النية تصح في الملفوظ لا في غير الملفوظ والبينونة ماصارت ملفوظة فلا تعمل نيته كمن عليه السهو اذا سلم يريد به قطع الصلوة لا تعمل نيته بخلاف ما اذا قال انت طالق بائن فالبينونة ملفوظة وتحقيقه ان النية تعمل فيما يحتمله اللفظ لا فيما يحتمل ان يحصل باللفظ

ومسئلة الرجعة ممنوعة فتقع واحدة بائنة اذا لم تكن له نية او نوى الثنتين اما اذا نوى الثلث فثلث لما مر من قبل ولو عني بقوله انت طالق واحدة وبقوله بائن او البتة اخرى تقع تطليقتان بائنتان لان هذا الوصف يصلح لابتداء الايقاع وكذا اذا قال انت طالق افحش الطلاق لانه انما يوصف بهذا الوصف باعتبار اثره وهو البينونة في الحال فصار كقوله بائن وكذا اذا قال اخبث الطلاق او اسوءه لما ذكرنا وكذا اذا قال طلاق الشيطان او طلاق البدعة لان الرجعي هو السنة فيكون طلاق البدعة وطلاق الشيطان بائنا وعن ابي يوسف رحمه الله في قوله انت طالق للبدعة انه لايكون بائنا الا بالنية لان البدعة قد تكون من حيث الايقاع في حالة حيض فلابد من النية وعن محمد رحمه الله انه اذا قال انت طالق للبدعة او طلاق الشيطان يكون رجعيا لان هذا الوصف قد يتحقق بالطلاق في حالة الحيض فلا تثبت البينونة بالشك وكذا اذا قال كالجبل لان التشبيه به يوجب زيادة لامحالة وذلك باثبات زيادة الوصف وكذا اذا قال مثل الجبل لما قلنا وقال ابو يوسف رحمه الله يكون رجعيا لان الجبل شيء واحد فكان تشبيها به في توحده

قوله ومسئلة الرجعة ممنوعة فهو كقوله انت طالق بائن عندنا هكذا ذكر الفقيه ابو الليث رح **قوله** اما اذا نوى الثلث فثلث لما مر من قبل وهو قوله ونحن نقول نية الثلث انما صحت لكونه جنسا الى آخره في اوائل باب ايقاع الطلاق **قوله** وكذا اذا قال انت طالق افحش الطلاق معطوف على قوله انت طالق بائن اي في الاحكام الاربعة وهي فيقع واحدة بائنة اذا لم يكن له نية او نوى الثنتين واو نوى الثلث فثلث ولو عني بقوله انت طالق واحدة وبقوله افحش الطلاق اخرى تقع تطليقتان فان قيل ان قوله افحش افعل التفضيل فيقتضي ان يكون هناك فاحش وهذا افحش منه وليس هناك فاحش الا البائن وهذا افحش منه فتكون ثلثا قلنا هذا الوزن مشترك بين التفضيل وبين مجرد الاثبات قال الله تعالى وبعولتهن احق بردهن ●

ولو قال لها انت طالق اشد الطلاق اوكالف اوملأ البيت فهي واحدة بائنة الا ان ينوي ثلثا اما الاول فلانه وصفه بالشدة وهو في البائن لانه لا يحتمل الانتقاض والارتفاض اما الرجعي فيحتمله وانما تصح نية الثلث لذكره المصدر واما الثاني فلانه قديراد به التشبيه في القوة تارة وفي العدد اخرى يقال هوالف ويراد به القوة فتصح نية الامرين وعند فقدانها يثبت اقلهما وعن محمد رحمه الله انه يقع الثلث عند عدم النية لانه عدد فيراد بها التشبيه في العدد ظاهرا فصار كما اذا قال انت طالق كعدد الف واما الثالث فلان الشيء قد يملأ البيت لعظمه في نفسه وقد يملأه لكثرته فاي ذلك نوى صحت نيته وعند انعدام النية يثبت الاقل ثم الاصل عند ابي حنيفة رحمه الله انه متى شبه الطلاق بشيء يقع بائنا اي شيء كان المشبه به ذكر العظم اولم يذكر لما مران التشبيه يقتضي زيادة وصف وعند ابي يوسف رح ان ذكر العظم يكون بائنا والافلا اي شيء كان المشبه به لان التشبيه قديكون في التوحيد على التجريد اما ذكر العظم فللزيادة لا محالة وعند زفر رح ان كان المشبه به مما يوصف بالعظم عند الناس يقع بائنا والا فهو رجعي وقيل محمد رح مع ابي حنيفة رح وقيل مع ابي يوسف رح وبيانه في قوله مثل رأس الابرة مثل عظم رأس الابرة ومثل الجبل ومثل عظم الجبل ولو قال انت طالق تطليقة شديدة او عريضة او طويلة فهي واحدة بائنة لان ما لا يمكن تداركه يشتد عليه وهو البائن وما يصعب تداركه يقال لهذا الامر طول وعرض وعن ابي يوسف رح انه يقع بها رجعية لان هذا الوصف لا يليق به فيلغو ولو نوى الثلث في هذه الفصول صحت نيته لتنوع البينونة على مامر والواقع بها بائن والله تعالى اعلم بالصواب *

قوله وبيانه في قوله مثل رأس الابرة يقع البائن عند ابي حنيفة رح خاصة على تقدير ان يكون محمد مع ابي يوسف رح ومثل الجبل يكون بائنا عند ابي حنيفة وزفر رح ومثل عظم الجبل يكون بائنا بالاجماع المركب فعند ابي حنيفة رح لوجود التشبيه وعند ابي يوسف رح لوجود ذكر العظم وعند زفر رح لكون الجبل عظيما عند الناس والله تعالى اعلم بالصواب *

فصل فى الطلاق قبل الدخول

واذا طلق الرجل امرأته ثلثا قبل الدخول بها وقعن عليها لان الواقع مصدر محذوف لان معناه طلاقا ثلثا على ما بيناه فلم يكن قوله انت طالق ايقاعا على حدة فيقعن جملة فان فرق الطلاق بانت بالاولى ولم تقع الثانية والثالثة وذلك مثل ان يقول انت طالق طالق طالق لان كل واحد ايقاع على حدة اذا لم يذكر في آخر كلامه مايغير صدره حتى يتوقف عليه فتقع الاولى فى الحال فتصادفها الثانية وهي مباينة وكذا اذا قال لها انت طالق واحدة وواحدة وقعت واحدة لما ذكرنا انها بانت بالاولى ولو قال لها انت طالق واحدة فماتت قبل قوله واحدة كان باطلا لانه قرن الوصف بالعدد فكان الواقع هو العدد فاذا ماتت قبل ذكر العدد فات المحل قبل الايقاع فبطل وكذا اذا قال انت طالق ثنتين اوثلثا لما بينا

فصل فى الطلاق قبل الدخول

قوله واذا طلق الرجل امرأته ثلثا قبل الدخول وقعن عليها وفى المبسوط وهذا عندنا وهو قول عمر وعلي وابن عباس وابي هريرة رضي الله تعالى عنهم وقال الحسن البصري رحمه الله تقع واحدة بقوله طالق فتبين لا الى عدة وقوله ثلثا يصادفها وهي اجنبية فلا يقع به شيء كما لو قال لها انت طالق وطالق وطالق ولكنا نقول الطلاق متى قرن بالعدد فالوقوع يكون بالعدد لان الموقع هو العدد واذا صرح بذكر العدد كان هو العامل دون ذكر الوصف ولهذا لو ماتت المرأة بعد قوله طالق قبل قوله ثلثا لا يقع شيء وهذا لان الكل كلمة واحدة فى الحكم فان ايقاع الثلث لا يتأتى بعبارة اوجز من هذه والكلمة الواحدة لا يفصل بعضها من بعض بخلاف قوله طالق وطالق وطالق لانها كلمات متفرقة **قوله** فان فرق الطلاق بانت بالاولى وذلك مثل ان يقول انت طالق طالق

وهذه تجانس ما قبلها

وكذا لو قال انت طالق وطالق وطالق وانما يفترق الحكم بين ذكر الواو وعدمه اذا كان في آخره شرطا واستثناء وقال فى الايضاح اذا قال انت طالق طالق ان دخلت الدار وهي غير مدخول بها بانت بالاولى ولم تتعلق الثانية وان كان معطوفا نحو ان قال انت طالق وطالق ان دخلت الدار او تطلق ان دخلت الدار تعلقا جميعا بالدخول لان قوله انت طالق من حيث انه جزء كلام قاصر يحتاج الى ذكر الشرط ليتم الكلام بمعناه فيتوقف الاول والثاني على ذكر الشرط فيتعلقان دفعة واحدة واذا لم يوجد حرف العطف فالثاني صار فاصلا بين الاول وبين ما ذكر من الشرط بعده فكان تنجيزا وكذا لو قال انت طالق واحدة وواحدة وواحدة وقعت واحدة وعند مالك رحمه الله تطلق ثلثا لان الجمع بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع كما اذا قال انت طالق واحدة ونصفا وانت طالق احدا وعشرين فان فى الاولى تقع ثنتان وفى الثانية تقع ثلث وعند زفر رحمه الله تقع واحدة لان المراد من نصف التطليق كما لها فكانه قال انت طالق واحدة وواحدة ولكنا نقول هذا كله ككلام واحد معنى لانه لايمكنه ان يعبر عن واحدة ونصف بعبارة اوجز من هذا وكذا قوله انت طالق احد وعشرين وان قال احد عشر تطلق ثلثا بالاجماع لانه ليس بينهما حرف العطف فكان الكل واحدا كذا فى المبسوط فان قيل الواو العاطفة لمطلق الجمع عندنا فحينئذ يجب ان يتوقف اول الكلام على آخره في قوله انت طالق واحدة وواحدة ليتحقق الجمع قلنا لو توقف لصار للقران ولم يوضع للقران فان قيل لو لم يتوقف يصير للترتيب وهو ايضا ليس من مذهبنا قلنا الواو لم يوضع للقران والترتيب ولكن لمطلق الجمع الا انه وقع الطلاق بالاول لوجود الايقاع وعدم المانع فلم يبق محلا للثانية.

قوله وهذه تجانس ما قبلها من حيث المعنى اى هذه المماثل الثلث وهو قوله

من حيث المعنى ولوقال انت طالق واحدة قبل واحدة اوبعدها واحدة وقعت واحدة والاصل انه متى ذكر شيئين وادخل بينهما حرف الظرف ان قرنها بهاالكناية كان صفة للمذكور آخرا كقوله جاءني زيدقبله عمروو ان لم يقرنها بهاء كان صفة للمذكوراولا كقوله جاء ني زيد قبل عمرو وايقاع الطلاق فى الماضي ايقاع فى الحال لان الاسناد ليس في وسعه فالقبلية في قوله انت طالق واحدة قبل واحدة صفة للاولى فتبين بالاولى فلاتقع الثانية والبعدية في قوله بعدها واحدة صفة للاخيرة فحصلت الابانة بالاولى فلاتقع الثانية ولوقال انت طالق واحدة قبلها واحدة تقع ثنتان لان القبلية صفة للثانية لاتصالها بحرف الكناية فاقتضى ايقاعها فى الماضي وايقاع الاولى فى الحال غيران الايقاع فى الماضي ايقاع فى الحال ايضا فتقترنان فتقعان وكذا اذا قال انت طالق واحدة بعد واحدة تقع ثنتان لان البعدية صفة للاولى فاقتضى ايقاع الواحدة فى الحال وايقاع الاخرى قبل هذه فتقترنان ولوقال انت طالق واحدة مع واحدة اومعها واحدة تقع ثنتان لان كلمة مع للقران وعن ابي يوسف رحمة الله تعالى عليه في قوله معها واحدة انه تقع واحدة لان الكناية تقتضي سبق المكني عنه لا محالة

. انت طالق واحدة فماتت قبل قوله واحدة وكذا لوماتت قبل قوله ثنتين اوماتت قبل قوله ثلثا يوافق ما قبلها وهو قولهما ذا طلق الرجل امرأته ثلثاقبل الدخول بها وقعن *

قوله من حيث المعنى اي من حيث الدليل وهوان الواقع فيهما جميعا ذكر العدد لا ذكرا لوصف وحده الا ان الحكم اختلف بينهما لماان ذكرالعدد الذي هوالواقع في هذه المسائل الثلث صادف المرأة وهي ميتة فلم يقع الطلاق اصلا وهنا ك لما لم يقع الطلاق بذكرالوصف نفسه بل بالعدد وصادفها العدد وهي منكوحته وقع الثلث لكون الواقع هوالعدد وكان الاعتبار فى الصورتين للعدد لا للوصف

وفى المدخول بها تقع ثنتان فى الوجوه كلها لقيام المحلية بعد وقوع الاولى ولو قال لها ان دخلت الدار فانت طالق واحدة وواحدة فدخلت وقعت عليها واحدة عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى وقالا تقع ثنتان ولو قال لها انت طالق واحدة وواحدة ان دخلت الدار فدخلت طلقت ثنتين بالاجماع لهما ان حرف الواو للجمع المطلق فتعلقن جملة كما اذا نص على الثلث فتعلقن الثلث اواخر الشرط وله ان الجمع المطلق يحتمل القران والترتيب فعلى اعتبار الاول تقع ثنتان وعلى اعتبار الثاني لا تقع الا واحدة كما اذا نجز بهذه اللفظة فلا يقع الزائد على الواحدة بالشك بخلاف ما اذا اخر الشرط لانه مغير صدر الكلام فيتوقف الاول عليه فيقعن جملة ولا مغير فيما اذا قدم الشرط فلم يتوقف ولو عطف بحرف الفاء فهو على هذا الخلاف فيما ذكر الكرخي رحمه الله وذكر الفقيه ابو الليث رحمه الله انه تقع واحدة بالاتفاق

قوله وفى المدخول بها تقع ثنتان فى الوجوه كلها وهذا الجواب مشكل في قوله انت طالق واحدة قبل واحدة لان كون الشيء قبل غيره لا يقتضي وجود ذلك الغير على ما ذكره محمد رحمة الله تعالى عليه فى الزيادات الاترى الى قوله تعالى فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا والى قوله تعالى لنفد البحر قبل ان تنفد كلمات ربي وقال النبي صلى الله عليه وسلم خللوا اصابعكم قبل ان يتخللها نار جهنم وجوابه مذكور في اصول الجامع كذا فى الفوائد الظهيرية **قوله** وله ان الجمع المطلق يحتمل القران والترتيب يعنى الجمع المطلق وان كان لا يتعرض للترتيب والقران بحسب الوضع ولكن ذلك الجمع لا يخلو عن احد هذين الامرين فى الوجود والوقوع وعلى اعتبار ان يكون مرتبا فى الوقوع لا يقع الا واحدة فلا تقع الثانية بالشك **قوله** كما اذا نجز بهذه اللفظة بان قال انت طالق واحدة وواحدة فانه تقع واحدة بالاتفاق والمعلق بالشرط كالملفوظ به عند وجود الشرط فلذلك اعتبر بالمنجز فان قيل اليس

لان الفاء للتعقيب وهوا لا صح

انه لوقال لغير المدخول بها ان دخلت الدار فانت طالق واحدة لا بل ثنتين فدخلت الدار طلقت ثلثا ولونجز بهذا اللفظ قبل الدخول لم يقع الا واحدة فعلم ان الترتيب في التنجيز لا يدل على الترتيب في التعليق وهذا لان المنجز طلاق فتبين بالاولى قبل ذكر الثانية والمعلق ليس بطلاق وانما يصير طلاقا عند الشرط ولما صح تعلقه بالشرط ينزل عند وجوده جملة اذا لم يكن في لفظه ما يدل على الترتيب قلنا لا بل لاستدراك الغلط باقامة الثاني مقام الاول وقد صح ذلك في التعليق لبقاء المحل بعد ما تعلق الاول بالشرط فيتعلق الثنتان بالشرط بلا واسطة كالاولى والواو للعطف على تقرير الاول فتتعلق الثاني بالشرط بواسطة الاول ولما نجز بلا بل بانت بالاولى ولم يصح التكلم بالثنتين لفوات المحل ٭

قوله لان الفاء للتعقيب ففي كلامه تنصيص على ان الثانية تعقب الاولى فتبين بالاولى لا الى عدة كما لوقال بثم وبعده بخلاف الواو ولوقال انت طالق ثم طالق ثم طالق ان كلمت فلانا فعند ابي حنيفة رحمه الله ان كانت مدخولا بها تقع في الحال ثنتان وتتعلق الثالثة بالكلام وان لم تكن مدخولا بها تقع واحدة في الحال ويلغوما بقي فاذا قدم الشرط فقال ان كلمت فلانا فانت طالق ثم طالق ثم طالق تعلق الاول بالشرط ووقعت الثانية والثالثة ان كانت مدخولا بها والا تعلق الاول ووقع الثاني ولغا الثالث وعندهما تعلق الكل بالشرط قدم الشرط او اخر الا ان عند وجود الشرط تطلق ثلثا ان كانت موطوءة والا تطلق واحدة وهذا بناء على ان ثم للتراخي اتفاقا ولكنهم اختلفوا في اثر التراخي فقال ابوحنيفة رح وهو بمعنى الانقطاع كانه سكت ثم استانف بعد الاول اعتبارا بكمال التراخي وقالا التراخي راجع الى الوجود والحكم فاما في التكلم فمتصل ٭

واما الضرب الثاني وهو الكنايات فلا يقع بها الطلاق الا بالنية او بدلالة الحال لانها غير موضوعة للطلاق بل تحتمله وغيره فلا بد من التعيين او دلالته ٭

قال وهي على ضربين منها ثلثة الفاظ يقع بها الطلاق رجعي ولا يقع بها الا واحدة وهي قوله اعتدي واستبرئي رحمك وانت واحدة اما الاولى فلانها تحتمل الاعتداد عن النكاح وتحتمل اعتداد نعم الله تعالى فاذا نوى الاول تعين بنيته فيقتضي طلاقا سابقا والطلاق يعقب الرجعة واما الثانية فلانها تستعمل بمعنى الاعتداد

قوله واما الضرب الثاني هو الكنايات ذكر في اول باب ايقاع الطلاق ان الطلاق على ضربين صريح وكناية وقدم ذكر الصريح لانه الاصل فى الكلام ثم شرع فى الكناية ٭

قوله فيقتضي طلاقا سابقا لانه لما امرها بالاعتداد ولم يكن واجبا عليها قبل لا بد من تقديم ما يوجبه ليصح الامر به فقدم الطلاق عليه كانه قال طلقتك اوانت طالق فاعتدي ضرورة صحة الامر والضرورة ترتفع باثبات اصل الطلاق فلا حاجة الى اثبات وصف زائد وهو البينونة فلذلك كان الواقع به رجعيا هذا بعد الدخول وقبل الدخول جعل مستعارا محضا عن الطلاق لانه سببه فاستعير الحكم لسببه ويجوز استعارة الحكم للسبب اذا كان مختصا به قال الله تعالى يا ايها الذين آمنوا اذا قمتم الى الصلوة اي اذا اردتم القيام اليها والافعال الاختيارية مخصوصة بالارادة السابقة وقال الله تعالى اني اراني اعصر خمرا اي عنبا والخمر مخصوصة بالعنب والاعتداد شرعا بطريق الاصالة انما هو فى الطلاق واما في غير الطلاق فبالعارض كالموت وحدوث حرمة المصاهرة وارتداد الزوج وغيرها ٭

لانه تصريح بما هو المقصود منه فكان بمنزلته ويحتمل الاستبراء ليطلقها واما الثالثة فلانها تحتمل ان تكون نعتا لمصدر محذوف معناه تطليقة واحدة فاذانواه جعل كانه قاله والطلاق يعقب الرجعة ويحتمل غيره وهو ان تكون واحدة عنده اوعند قومه ولما احتملت هذه الالفاظ الطلاق وغيره يحتاج فيه الى النية ولا تقع الا واحدة لان قوله انت طالق فيها مقتضي او مضمر ولو كان مظهرا لاتقع بها الا واحدة فاذا كان مضمرا اولى وفي قوله انت واحدة وان صار المصدر مذكورا لكن التنصيص على الواحدة ينافي نية الثلث ولامعتبر باعراب الواحدة عند عامة المشايخ رحمه الله وهو الصحيح لان العوام لا يميزون بين وجوه الاعراب ٭

قال وبقية الكنايات اذا نوى بها الطلاق كانت واحدة بائنة وان نوى ثلثا كان ثلثا وان نوى ثنتين كانت واحدة بائنة وهذا مثل قوله انت بائن ٭ وبتة ٭ وبتلة ٭ وحرام ٭ وحبلك على غاربك ٭ والحقي باهلك ٭ وخلية ٭ وبرية ٭ ووهبتك لاهلك وسرحتك ٭ وفارقتك ٭ وامرك بيدك ٭ واختاري وانت حرة ٭ وتقنعي ٭ وتخمري ٭ واستبرئي ٭ واغربي ٭ واخرجي ٭ واذهبي ٭ وقومي وابتغي الازواج ٭ لانها تحتمل الطلاق وغيره فلابد من النية ٭

قوله لانه تصريح بما هو المقصود منه لان المقصود من الاعتداد طلب براءة الرحم فقوله استبرئي رحمك اي تعرفي براءة رحمك فيحتمل ان يريد الزوج بهذا طلقتك او انت طالق فاستبرئي رحمك اويريد استبرئي رحمك لاطلقك فاذا نوى الاول كان بمنزلة اعتدي ونوى اعتداد الاقراء فيقع به الطلاق بعد الدخول انقضاء وقبل الدخول يجعل مستعارا محضا عن الطلاق استعارة الحكم لسببه **قوله** لان قوله انت طالق فيها مقتضى اي في قوله اعتدي واستبرئي على ماذكر **قوله** او مضمر اي في قوله انت واحدة فان تقديره انت طالق طلقة واحدة **قوله** ولامعتبر باعراب الواحدة قيل انما يقع الطلاق اذا قال واحدة

قال الا ان يكون في حالة مذاكرة الطلاق فيقع بها الطلاق في القضاء ولا يقع فيما بينه وبين الله تعالى الا ان ينويه قال رضي الله تعالى عنه سوى بين هذه الالفاظ وهذا فيما لا يصلح ردا والجملة في ذلك ان الاحوال ثلثة حالة مطلقة وهي حالة الرضاء وحالة مذاكرة الطلاق وحالة الغضب والكنايات ثلثة اقسام مايصلح جوابا ورد؛ وما يصلح جوابا لاردا؛ وما يصلح جوابا ويصلح سبا وشتيمة؛ ففي حالة الرضاء لايكون شيء منها طلاقا الا بالنية والقول قوله في انكار النية لما قلنا وفي حالة مذاكرة الطلاق لا يصدق فيما يصلح جوابا ولايصلح ردا في القضاء مثل قوله خلية برية بائن بتة حرام اعتدي امرك بيدك اختاري لان الظاهران مراده الطلاق عند سؤال الطلاق ويصدق فيمايصلح جوابا وردامثل قوله اذهبي اخرجي قومي تقنعي تخمري وما يجري هذا المجرى لانه يحتمل الرد وهو الادنى فحمل عليه وفي حالة الغضب يصدق في جميع ذلك لاحتمال الرد اوالسب الا فيما يصلح للطلاق ولا يصلح للرد و الشتم كقوله اعتدي واختاري وامرك بيدك فانه لا يصدق فيها لان الغضب يدل على ارادة الطلاق

بالنصب حتى يكون نعتا لمصدر محذوف اما اذا قال واحدة بالرفع لا يقع شيء وان نوى وان لم يعرب واحدة يحتاج الى النية وقال عامة مشايخنا رحمهم الله تعالى الكل على الاختلاف لان العوام لايميزون بين وجوه الاعراب فلايجوز بناء حكم يرجع الى العامة على هذا وهو الصحيح •
قوله سوى بين هذه الالفاظ اي القدوري رحمه الله **قوله** والقول قوله في انكار النية لما قلنا وهو لانها تحتمل الطلاق وغيره فلا بد من النية وما يصلح جوابا لاردا ثمانية الفاظ خلية ؛ برية ؛ بائن ؛ بتة؛ حرام؛ اعتدي؛ امرك بيدك ؛ اختاري ؛ ولكن الخمسة الاول تصلح للجواب و تصلح للسب ولكن في عدم الصلاحية للرد تشترك الثمانية لان الظاهران مراده الطلاق عندسؤال الطلاق والقاضي مأمور باتباع الظاهر ويصدق فيما

وعن ابي يوسف رحمه الله في قوله لا ملك لي عليك ولا سبيل لي عليك وخليت سبيلك وفارقتك انه يصدق في حالة الغضب لما فيها من احتمال معنى السب ثم وقوع البائن بما سوى الثلثة الاول مذهبنا وقال الشافعي رحمه الله يقع بها رجعي لان الواقع بها طلاق لانها كنايات عن الطلاق ولهذا تشترط النية وينتقص بها العدد والطلاق معقب للرجعة كالصريح ولنا ان تصرف الابانة صدر من اهله مضافا الى محله عن ولاية شرعية ولا خفاء في الاهلية والمحلية

يصلح جوابا وردا وهو سبعة اخرجي : اذهبي : اغربي : قومي : تقنعي : استبرئي : تخمري : اما صلاحية هذه الالفاظ للرد ان يراد الزوج بقوله اخرجي اي اتركي سؤال الطلاق وكذلك اذهبي اغربي اذا غربي من الغروب هو البعد قومي اي عن طلب الطلاق تقنعي من القناعة او من القناع وهي الخمار ومعنى الرد فيه هو ان ينوي اقنعي بما رزقك الله مني من امر المعيشة واتركي سؤال الطلاق او اشتغلي بالتقنع الذي هو اهم لك من سؤال الطلاق اذ التقنع يزينك والتكشف يشينك وكذا قوله استبرئي وتخمري وهو المراد من قوله وما يجري هذا المجرى وفي حالة الغضب يصدق في جميع ذلك لاحتمال الرد او السب احتمال الرد في السبعة المذكورة مثل اخرجي اذهبي واحتمال السب في الخمسة المذكورة التي في اوائل الثمانية وهي خلية برية بائن بتة حرام فقوله انت خلية نسبة الى الشراي خلية من الخير برية من حسن الخلق او افعال المسلمين بتة اي لا اصل لك او مقطوعة عن الخيرات بائن عن الخيرات حرام الصحبة او العشرة لسوء خلقك •

قوله وعن ابي يوسف رحمة الله تعالى عليه الى قوله يصدق في حالة الغضب الحق ابو يوسف رحمة الله تعالى عليه خمسة الفاظ اخرى وهي خليت سبيلك : وفارقتك : ولا ملك لي عليك : ولا سبيل لي عليك : والحقي باهلك : بتلك الخمسة المذكورة التي تحتمل السب لان فيها معنى السب ايضا فقوله لا ملك لي عليك اي لانك اقل

والدلالة على الولاية ان الحاجة ماسة الى اثباتها كيلا ينسد عليه باب التدارك
ولا يقع في عهدتها بالمراجعة من غير قصد

من ان املكك اوانسبك الى نفسي بالملك ولاسبيل لي عليك لسوء خلقك واجتماع انواع الشر فيك وخليت سبيلك كراهة مني لصحبتك ولا التفت اليك بعد هذ السوء خلقك وفارقتك اي في المسكن لسوء خلقك والحقي باهلك بمعنى فارقتك ولما كان في هذه الالفاظ احتمال معنى السب لسوء الخلق وحالة الغضب تدل على ذلك كان متديناً في القضاء اذا قال لم ارد الطلاق فالحاصل ان الفاظ الكناية عشرون في الكل يصدق قبل ذكر الطلاق وقبل الغضب فاما بعد ذكر الطلاق فينقسم على قسمين في سبعة منها يصدق قضاء كما يصدق في الكل قبل ذكر الطلاق وهي اخرجي واخواته وفي غير السبعة لايصدق بعد ذكر الطلاق وهي ثلثة عشر لفظا خلية برية بتة بائن حرام اعتدي اختاري امرك بيدك ويصدق في العشرة وهي الخمسة المذكورة في ظاهر الرواية والخمسة الملحقة بها برواية ابي يوسف رحمه الله والالحاق المروي عن ابي يوسف رح رواية الجامع الصغير لشمس الائمة السرخسي ورواية الايضاح واما رواية الجامع الصغير لفخر الاسلام رحمه الله ورواية الفوائد الظهيرية فالخمسة المروية عن ابي يوسف رحمه الله ملحقة بالالفاظ التي لا يدين الزوج في حالة الغضب ايضا كما لا يدين في حالة مذاكرة الطلاق وهي اعتدي اختاري امرك بيدك ٭

قوله والدلالة على الولاية ان الحاجة ماسة الى اثباتها وهذا لانه لو اراد ان لا يقع في عهدتها بالرجعة بلا قصد ولا ينسد عليه باب التدارك بالنكاح لا يتمكن من ذلك الا باثبات البينونة الحقيقية لان في الغليظة ان لم يقع في عهدتها بالرجعة بلا قصد بان قبلته بشهوة ينسد عليه باب التدارك بالنكاح

وليست بكنايات على التحقيق لانها عوامل في حقائقها والشرط (اي شرط النية) تعيين احد نوعي البينونة دون الطلاق وانتقاص العدد لثبوت الطلاق بناء على زوال الوصلة وانما تصح نية الثلث فيها لتنوع البينونة الى غليظة وخفيفة وعند انعدام النية يثبت الادنى ولاتصح نية الثنتين عندنا خلافا لزفر رحمه الله تعالى لانه عدد وقد بيناه من قبل وان قال لها اعتدي اعتدي اعتدي وقال نويت بالاولى طلاقا وبالباقي حيضا دين في القضاء لانه نوى حقيقة كلامه ولانه يأمر امرأته في العادة بالاعتداد بعد الطلاق فكان الظاهر شاهداله

وهو يحتاج الى ان يتحقق له هذان الامران عدم الوقوع بالرجعة بلا قصد وعدم انسداد باب التدارك ولا ذلك الا بثبوت الواحدة البائنة وكان القياس في الصريح هكذا الا ان الرجعة بعده ثبتت نصا بخلاف القياس وما ثبت بخلاف القياس نصا لايلحق به ماليس في معناه من كل وجه وهذه ليست في معناه لان تأثير هذه الالفاظ في المحل اكثر

قوله وليست بكنايات على التحقيق جواب عن قول الشافعي رحمه الله لانها كنايات عن الطلاق **قوله** والشرط تعيين احد نوعي البينونة المراد من نوعي البينونة هنا البينونة عن النكاح وعن غيره لا البينونة عن النكاح خفيفة وغليظة هذا جواب عن قول الشافعي رحمه الله انه يشترط نية الطلاق ولولا ان الواقع طلاق لما احتيج الى نية الطلاق اوهو جواب لسؤال يرد على قولنا وليست كنايات وهو انها لولم يكن كنايات لما احتيج الى النية فقال شرطت النية لتعيين احد انواع البينونة لما تزاحمت جهات البينونة **قوله** وقد بيناه من قبل اشارة الى قوله في اوائل باب ايقاع الطلاق ونحن نقول نية الثلث انما صحت لكونها جنسا الى آخره وقوله انما تصح نية الثلث جواب سؤال ايضا وهو ان لفظ البائن لوكان

وان قال لم انو بالباقي شيئا فهي ثلث لانه لما نوى بالاولى الطلاق صار الحال حال مذاكرة الطلاق فتعين الباقيان للطلاق بهذه الدلالة فلا يصدق في نفي النية بخلاف ما اذا قال لم انو بالكل الطلاق حيث لا يقع شيء لانه لا ظاهر يكذبه وبخلاف ما اذا قال نويت بالثالثة الطلاق دون الاوليين حيث لا يقع الا واحدة لان الحال عند الاوليين لم يكن حال مذاكرة الطلاق وفي كل موضع يصدق الزوج على نفي النية انما يصدق مع

عاملا بنفسه لما صح نية الثلث عندكم كما لا تصح نية الثلث في قوله انت طالق عندكم لانه عامل بنفسه قلنا صح نية الثلث لتنوع البينونة الى خفيفة وغليظة *

قوله وان قال لم انو بالباقي شيئا فهي ثلث لانه لما نوى بالاولى وقوع الطلاق صار الحال حال مذاكرة الطلاق فتعين الباقيان للطلاق بهذه الدلالة فلا يصدق في نفي النية اي قضاء ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى كما اذا قال نويت بالكل تطليقة واحدة فهي كذلك فيما بينه وبين الله تعالى واما في القضاء فهي ثلث لانه لما نوى الطلاق بهن صار كانه قال انت طالق انت طالق انت طالق ولو قال ذلك وقال عنيت به التكرار صدق فيما بينه وبين الله تعالى ولا يصدق في القضاء لان التكرار يدخل في الكلام فكان محتمل كلامه ولكنه بخلاف الظاهر لانه لا يفيد والقاضي مأمور باتباع الظاهر والله تعالى مطلع على ضميره فيدين فيما بينه وبين الله تعالى ولا يصدق قضاء فان قيل ينبغي ان لا يقع في قوله لم انو بالباقي شيئا لان الكلام متى امكن حمله على الحقيقة لا يجوز حمله على المجاز وان كانت الحقيقة على خلاف العادة لما عرف في مسئلة لا اشرب الماء ونوى شرب جميع المياه لا يحنث ابدا وهنا امكن حمله على الحقيقة لوجوب العدة فالظاهر ارادتها فاولى ان لا يقع قلنا لما اراد بالاولى الطلاق صار الحال حال مذاكرة الطلاق فيتبادر الذهن الى الطلاق فيقع بالثانية والثالثة ايضا وذكر الامام شمس الائمة السرخسي رحمه الله والامام قاضيخان رحمه الله هذه المسئلة على اثني عشر وجها احدها ان يقول

اليمين لانه امين في الاخبار عما في ضميره والقول قول الامين مع اليمين والله اعلم بالصواب ٭

لم انو الطلاق بشيء منها وفي هذا كان القول قوله كما لو ذكر ذلك مرة والثاني ان يقول نويت بالاولى الطلاق ولم انو بالباقيتين شيئا اويقول نويت بالاولى والثانية الطلاق ولم انو بالثالثة شيئا اويقول نويت بالكلمات كلها الطلاق ففي هذه الوجوه تطلق ثلثا لانه لما نوى بالاولى الطلاق صار الحال حال مذاكرة الطلاق فكان الباقي طلاقا نوى اولم ينو لان الاولى رجعي فيلحقه الباقي والخامس واذا قال نويت بالاولى الطلاق وبالباقيتين الحيض فهو مدين في القضاء لما ذكر في الكتاب والسادس ان يقول نويت بالاولى والثانية الطلاق وبالثالثة الحيض فهو مدين ايضا في القضاء ومطلق ثنتين لما قلنا والسابع ان يقول نويت بالاولى الطلاق وبالثالثة الحيض ولم انو بالثانية شيئا وقال نويت بالاولى الطلاق وبالثانية الحيض ولم انو بالثالثة شيئا فانها تطلق ثنتين في هذين الوجهين لانه لما صار الحال حال مذاكرة الطلاق فكل لفظ لم ينو فيه شيئا فهو طلاق وان قال لم انو بالاولى والثانية شيئا وعنيت بالثالثة الطلاق فانه طلاق واحد لانه لم يكن الحال حال مذاكرة الطلاق عند الاولى والثانية فلا يقع بهما شيء وانما يقع بالثالثة لاجل النية وكذا لو قال لم انو بالاولى شيئا ونويت بالثانية الطلاق وبالثالثة الحيض فهي واحدة والحادي عشر وان يقول لم انو بالاولى شيئا ونويت بالثانية الطلاق ولم انو بالثالثة شيئا فهي ثنتان لانه لم يكن الحال حال مذاكرة الطلاق عند الاولى فلا يقع بها شيء والثانية صارت طلاقا بالنية والثالثة ذكرت في حال مذاكرة الطلاق فصار طلاقا والثاني عشر اذا قال اعتدي ثلثا وقال نويت بالثلث ثلث حيض فهو كما قال في القضاء امانية الطلاق في قوله اعتدي صحيح لما قلنا ويلزمها الاعداد بثلث حيض فكان الظاهر شاهدا فيما نوى ونصب الثلث دل على ذلك كانه قال بثلث حيض والله اعلم بالصواب

باب تفويض الطلاق
فصل فى الاختيار

واذا قال لامرأته اختاري ينوي بذلك الطلاق اوقال لها طلقي نفسك فلها ان تطلق نفسها ما دامت في مجلسها ذلك فان قامت منه او اخذت في عمل آخر خرج الامر من يدها لان المخيرة لها المجلس باجماع الصحابة رضي الله عنهم ولانه تمليك الفعل منها

باب تفويض الطلاق

فصل فى الاختيار

قوله لان المخيرة لها المجلس باجماع الصحابة رضي الله عنهم روي عن عمر وعثمان وعلي وابن مسعود وابن عمر وجابر وزيد وعائشة رضي الله عنهم قالوا في الرجل يخير امرأته ان لها الخيار ما دام في مجلسها ذلك فاذا قامت من مجلسها فلا خيار لها **قوله** ولانه تمليك الفعل منها فان قيل ينبغي ان لا يبقى للزوج ولاية التطليق بعد التمليك كما في تمليك الاعيان قلنا هذا الملك ثابت بطريق الضرورة اذ من المحال ان يقوم ملك التطليق القائم بالرجل بعينه بالمرأة بل يقوم بها مثل ما قام به فصار بمنزلة التوكيل حيث بقيت الولاية للموكل وكان القياس ان يبقى بعد المجلس الا انه اقتصر على المجلس لما ذكرنا من اجماع الصحابة رضي الله عنهم على انا نقول التضايق انما يكون في الاعيان المحسوسة فان العين المحسوسة اذا كان كله مملوكا لاحد استحال الملك فيه لغيره فيلزم من ثبوت الملك للموهوب له انقطاع ملك الواهب فاما لا تضايق في الولايات الشرعية الا ترى ان الاخوين تثبت لكل واحد منهما ولاية تزويج اختهما كملا ه

والتمليكات تقتضي جوابا في المجلس كما في البيع لان ساعات المجلس اعتبرت ساعة واحدة لان المجلس تارة يتبدل بالذهاب عنه ومرة بالاشتغال بعمل آخر اذ مجلس الاكل غير مجلس المناظرة ومجلس القتال غيرهما ويبطل خيارها بمجرد القيام لانه دليل الاعراض بخلاف الصرف والسلم لان المفسد هناك الافتراق من غير قبض ثم لابد من النية في قوله اختاري لانه يحتمل تخييرها في نفسها ويحتمل تخييرها في تصرف آخر غيره فان اختارت نفسها في قوله اختاري كانت واحدة بائنة والقياس ان لا يقع بهذا شيء وان نوى الزوج الطلاق لانه لا يملك الايقاع بهذه اللفظة فلا يملك التفويض الى غيره الا انا استحسناه لاجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم ولانه بسبيل من ان يستديم نكاحها او يفارقها فيملك اقامتها مقام نفسه في حق هذا الحكم ثم الواقع بها بائن لان اختيارها نفسها بثبوت اختصاصها بها وذلك في البائن •

قوله والتمليكات تقتضي جوابا في المجلس وانما كان كذلك دفعا لضرر الملك وهذا لان الزوج انما خيرها لتظهر رغبتها فيه من رغبتها عنه وكذا البائع يتضرر بخيار القبول بعد مرور الايام اذ البائع لا يطلب مشتريا آخر اعتمادا على قبوله **قوله** لانه لا يملك الايقاع بهذه اللفظة حتى لو قال اخترتك من نفسي او اخترت نفسي منك لا يقع شيء

قوله ثم الواقع بها بائن وهو قول علي رضي الله تعالى عنه وعلى قول عمر وابن مسعود رضي الله تعالى عنهما واحدة رجعية وعلى قول زيد رحمه الله اذا اختارت نفسها فثلث فكانه حمل هذا على اتم ما يكون من الاختيار وعمر وابن مسعود حملاه على ادنى ما يكون منه وهو التطليقة الرجعية ولكنا نأخذ في هذا بقول علي رضي الله تعالى عنه كذا في المبسوط •

ولا يكون ثلثا وان نوى الزوج ذلك لان الاختيار لا يتنوع بخلاف الابانة لان البينونة قد تتنوع ولابد من ذكر النفس في كلامه او في كلامها حتى لو قال لها اختاري فقالت قد اخترت فهو باطل لانه عرف بالاجماع وهو في المفسر من احد الجانبين ولان المبهم لا يصلح تفسيرا للمبهم ولا تعيين مع الابهام ولو قال اختاري نفسك فقالت اخترت تقع واحدة بائنة لان كلامه مفسر وكلامها خرج جوابا له فيتضمن اعادته وكذا لو قال اختاري اختيارة فقالت اخترت لان الهاء في الاختيارة تنبئ عن الاتحاد والانفراد

قوله ولايكون ثلثا وان نوى الزوج ذلك لان الاختيار لا يتنوع لانه ينبئ عن الخلوص والصفوة وذلك لا يتنوع لان الصفوة اذا حصلت لها بالاختصاص بنفسها فبعد ذلك لا يزداد هي بانضمام شيء آخر به ولان الاختيار اسم لفعل خاص وهو الخلوص وثبوت البينونة فيه مقتضى ثبوت الخلوص والصفوة فلم يصح فيه نية العموم ولانه انما صار طلاقا باجماع الصحابة رضي الله عنهم ولا خلاف في الواحدة فثبتت بخلاف الابانة لان البينونة تتنوع الى غليظة وخفيفة وبخلاف الامر باليد فان الامر اسم عام يتناول كل شيء قال الله تعالى والامر يومئذ لله اراد الاشياء كلها وبخلاف قوله طلقي نفسك فانه مختصر قوله افعلي فعل التطليق فكان هو محتملا للعموم والخصوص فاذا نوى الثلث فقد نوى العموم فيصح

قوله ولا بد من ذكر النفس اي نفس المرأة او ما يقوم مقام ذكر النفس من التطليق او الاختيارة او ما يكون كناية عن ذلك في كلامه او كلامها بان قال لها الزوج اختاري نفسك او قال لها اختاري اختيارة وقالت اخترت ابي او امي او اهلي او الازواج وكان القياس في قولها اخترت ابي او امي ان لا يقع شيء لانه لم يوجد في لفظها ما يدل على اختيار البينونة لكنا نستحسن فنوقع لان الزوج لو قال لها الحقي باهلك ونوى الطلاق يكون طلاقا فكذلك اختيارها الانضمام اليهم اختيار للبينونة كذا في الايضاح

لان اختيارها نفسها هو الذي يتحد مرة ويتعدد اخرى فصار مفسرا من جانبه ولو قال اختاري فقالت قد اخترت نفسي يقع الطلاق اذا نوى الزوج لان كلامها مفسر بما نواه الزوج من محتملات كلامه ولو قال اختاري فقالت انا اختار نفسي فهي طالق والقياس ان لا تطلق لان هذا مجرد وعد او يحتمله فصار كما اذا قال لها طلقي نفسك فقالت انا اطلق نفسي وجه الاستحسان حديث عائشة رضي الله عنها فانها قالت لا بل اختار الله ورسوله واعتبره النبي صلى الله عليه وسلم جوابا منها ولان هذه الصيغة حقيقة في الحال وتجوز في الاستقبال كما في كلمة الشهادة واداء الشهادة بخلاف قولها اطلق نفسي لانه تعذر حمله على الحال لانه ليس بحكاية عن حالة قائمة ولا كذلك قولها انا اختار نفسي لانه حكاية عن حالة قائمة وهو اختيارها نفسها ولو قال لها اختاري اختاري اختاري فقالت قد اخترت الاولى او الوسطى او الاخيرة طلقت ثلثا في قول ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه ولا يحتاج الى نية الزوج وقالا تطلق واحدة وانما لا يحتاج الى نية الزوج لدلالة التكرار عليه اذ الاختيار في حق الطلاق هو الذي يتكرر لهما ان ذكر الاولى وما يجري مجراه ان كان لا يفيد من حيث الترتيب ولكن يفيد من حيث الافراد فيعتبر فيما يفيد وله ان هذا وصف لغو لان المجتمع فى الملك لا ترتيب فيه ٭

قوله لان اختيارها نفسها هو الذي يتحد مرة بان قال لها اختاري نفسك بطلقة ويتعدد اخرى بان قال لها طلقي نفسك بما شئت او اختاري نفسك بثلث تطليقات والتفرد والتعدد من خواص الطلاق اما اختيارها زوجها فانه لا يتعدد لانه عبارة عن ابقاء النكاح وهو غير متعدد **قوله** وجه الاستحسان حديث عائشة رضي الله عنها وهو ما روي لما نزل قوله تعالى يا ايها النبي قل لازواجك ان كنتن تردن الحيوة الدنيا وزينتها الاية بدأ رسول الله بعائشة رضي الله تعالى عنها فقال لها

كالمجتمع في المكان والكلام للترتيب والافراد من ضروراته فاذا لغا في حق الاصل لغا في حق البناء ولوقالت اخترت اختيارة فهي ثلث في قولهم جميعا لانها للمرة نصا فصارت كما اذا صرحت بها ولان الاختيارة للتأكيد وبدون التأكيد يقع الثلث فمع التأكيد اولى ولوقالت قد طلقت نفسي او اخترت نفسي بتطليقة

اني مخيرك فلاتجتنبي حتى تستأمري ابويك ثم اخبرها بالآية فقالت اني هذا استأمر ابوي لا بل اختار الله ورسوله وجعل رسول الله عليه الصلوة والسلام هذا الكلام منها ايجابا بخلاف قولها اطلق نفسي لانه تعذر حمله على الحال لانه ليس حكاية عن حالة قائمة لانه لا حال ههنا حتى يحمل الكلام عليه من قبل ان الايقاع باللسان دون القلب فلم يصح فعل اللسان حكاية عن فعل قائم باللسان على سبيل الحال لانه معدوم بعد والحكاية تقتضي وجود المحكي عنه *

قوله كالمجتمع في المكان فالقوم اذا اجتمعوا في مكان لا يقال هذا اول وهذا آخر وانما الترتيب في فعل الاعيان يقال هذا جاء اولا وهذا جاء آخرا فاذا لغا ذلك بقي قولها اخترت ولان الاولى والوسطى كما يصلح نعتا للتطليقة يصلح نعتا للاختيارة الحاصلة منها ولواقتصرت على قولها اخترت كان جوابا للكل فلايتغير ذلك بكلام محتمل بخلاف مالواختارت التطليقة لان التطليقة لاتتناول الثلث فاذا الغا ذلك في حق الاصل وهوالترتيب لغا في حق البناء وهو الافراد بقي قولها اخترت وهويصلح جوابا للكل فيقع الثلث فان قيل فاذا لغا في حق الترتيب بعدم امكانه فلم يلغو في حق الافراد وهوممكن قلنا الكلام وضع للترتيب والافراد ثبت ضمنا وضرورة فمتى لغا الاصل لغا مافي ضمنه ضرورة فان قيل فينبغي ان لا يقع شيء لانه لما لغا ذكر الترتيب بقي قولها اخترت و بهذا اللفظ لايقع الطلاق مالم تقل اخترت نفسي قلنا هذا اذا لم يكن في لفظ الزوج مايدل

فهي واحدة يملك الرجعة لان هذا اللفظ يوجب الانطلاق بعد انقضاء العدة فكانها اختارت نفسها بعد العدة وان قال لها امرك بيدك في تطليقة او اختاري تطليقة فاختارت نفسها فهي واحدة يملك الرجعة لانه جعل لها الاختيار لكن بتطليقة وهي معقبة للرجعة والله تعالى اعلم بالصواب •

- على تخصيص الطلاق وهنا في لفظه ما يدل على ذلك وهو قوله اختاري ثلث مرات وقيل لا بد من ذكر النفس وانما حذف لشهرته لان غرض محمد رحمه الله التفريع دون بيان صحة الجواب •

قوله فهي واحدة يملك الرجعة لان هذا اللفظ يوجب الانطلاق بعد انقضاء العدة فكانها اختارت نفسها بعد العدة ومثله في بعض نسخ الجامع الصغير الصواب انه لا يملك الرجعة وهكذا ذكر في الجامع الكبير لان الاعتبار لجانب التفويض الا ترى انه لو امرها بطلاق يملك الرجعة فطلقت بائنة او امرها بالبائن فطلقت رجعية وقع ما امر به الزوج **قوله** وان قال لها امرك بيدك في تطليقة او اختاري تطليقة فاختارت نفسها اي قالت اخترت نفسي فهي واحدة يملك الرجعة لانه جعل لها الاختيار لكن بتطليقة وهي معقبة للرجعة فان قيل قوله امرك بيدك او اختاري يفيد البينونة فلا يجوز صرفها عنه الى غيرها قلنا لما قرنه بالصريح علم انه اراد به الرجعي كما لو قرن الصريح بالبائن بان قال انت طالق بائن فانه يتبين به ان اراد به البائن فان قيل لو كان جعل لها الاختيار بتطليقة كان قوله هذا في التقدير بمنزلة قوله طلقي نفسك وقد ذكرنا ان قولها اخترت لا يصلح جوابا لقوله طلقي نفسك قلنا آخر كلامه لما صار تفسيرا للاول كان العامل هو المفسر والمفسر هو الامر باليد والتخيير وقولها اخترت يصلح جوابا لذلك كذا ذكره الامام قاضي خان رحمه الله في الجامع الصغير والله تعالى اعلم بالصواب •

فصل في الامر باليد

وان قال لها امرك بيدك ينوي ثلثا فقالت قد اخترت نفسي بواحدة فهي ثلث لان الاختيار يصلح جوابا للامر باليد لكونه تمليكا كالتخيير والواحدة صفة الاختيارة فصار كانها قالت اخترت نفسي بمرة واحدة وبذلك يقع الثلث ولو قالت قد طلقت نفسي واحدة او اخترت نفسي بتطليقة فهي واحدة بائنة لان الواحدة نعت لمصدر محذوف وهو في الاولى الاختيارة وفي الثانية التطليقة الا انها تكون بائنة لان التفويض في البائن ضرورة ملكها امرها وكلامها خرج جوابا له فتصير الصفة المذكورة في التفويض مذكورة في الايقاع وانما تصح نية الثلث في قوله امرك بيدك لانه يحتمل العموم والخصوص ونية الثلث نية التعميم بخلاف قوله اختاري لانه لا يحتمل العموم وقد حققناه من قبل

فصل في الامر باليد

قوله وهو في الاولى الاختيارة وهو قولها قد اخترت نفسي بواحدة وفي الثانية التطليقة وهو قولها قد طلقت نفسي بواحدة وانما كان كذلك لان الواحدة صفة فلابد لها من موصوف وهو محذوف فوجب اثبات ذلك على حسب مايدل عليه المذكور السابق والمذكور السابق في الاولى قولها اخترت فيجب اثبات الاختيارة التي تدل عليها اخترت وفي الثانية طلقت فيجب اثبات التطليقة ولايجوز ان يكون الموصوف المرة على معنى طلقت نفسي مرة واحدة لانه لا دليل عليه فان قيل يدل عليه قوله امرك بيدك اذ هو التفويض العام قلنا اثبات التطليقة اولى لكونها متيقنا بها **قوله** لان التفويض في البائن ضرورة ملكها امرها اي الزوج ملكها امرها بقوله امرك بيدك ولا تملك امرها الا اذا فوض اليها البائن فيصير التفويض في البائن ضرورة

نا

ولو قال لها امرك بيدك اليوم وبعد غد لم يدخل فيه الليل وان ردت الامر في يومها بطل امر ذلك اليوم وكان الامر بيدها بعد غد لانه صرح بذكر وقتين بينهما وقت من جنسهما لم يتناوله الا مراذ ذكر اليوم بعبارة الفرد لا يتناول الليل فكانا امرين فبرد احدهما لا يرتد الآخر وقال زفر رحمه الله هما امر واحد بمنزلة قوله انت طالق اليوم وبعد غد قلنا الطلاق لا يحتمل التاقيت والامر باليد يحتمله فتوقت الامر بالاول وجعل الثاني امرا مبتدأ ولو قال امرك بيدك اليوم وغدا يدخل الليل في ذلك وان ردت الامر في يومها لا يبقى الامر في يدها في الغد لان هذا امر واحد لانه لم يتخلل بين الوقتين المذكورين وقت من جنسهما لم يتناوله الكلام وقد يهجم الليل ومجلس المشورة لا ينقطع فصار كما اذا قال امرك بيدك في يومين وعن ابي حنيفة رحمه الله انها اذا ردت الامر في اليوم لها ان تختار نفسها غدا

قوله ولو قال لها امرك بيدك اليوم وبعد غد لم يدخل فيه الليل وقوله بعد ذلك اذا ذكر اليوم بعبارة الفرد لا يتناول الليل تعليل لقوله لم يدخل فيه الليل ولما كان بينهما وقت من جنسهما لم يتناوله الامر علم انه ليس المراد بذكر الوقت الثاني امتداد الامر الاول فاقتضى ضرورة ايجاب امر آخر فاما اذا قال وغدا فاحد الوقتين متصل بالوقت الآخر فكان ذكر الغد لامتداد حكم الامر اليه فلا يثبت به الامر الآخر اذ لا ضرورة فيه وقوله وقد يهجم الليل ومجلس المشورة لا ينقطع يريد به ان يتخلل الليلة لا يجعلهما مدتين لان القوم قد يجلسون للمشورة فيهجم الليل ولا تنطقع مشورتهم ومجلسهم وقال زفر رحمه الله اذا قال امرك بيدك اليوم وبعد غد فانه امر واحد كما اذا قال انت طالق اليوم وبعد غد قلنا الامر باليد يحتمل التوقيت فيتوقت الامر الاول بالوقت الاول وجعل الثاني امرا مبتدأ لانه يتخلل بينهما ماليس

لانها لا تملك رد الامر كما لا تملك رد الايقاع وجه الظاهر انها اذا اختارت نفسها اليوم لا يبقى لها الخيار في الغد فكذا اذا اختارت زوجها برد الامر لان المخيرين شيئين لا يملك الا اختيار احدهما وعن ابي يوسف رحمة الله تعالى عليه انه اذا قال امرك بيدك اليوم وامرك بيدك غدا انهما امران لما انه ذكر لكل وقت خبرا بخلاف ماتقدم *

بوقت للامر فبرد الاول لا يرتد الثاني والطلاق لا يحتمل التوقيت وجاز ان يكون في اليوم وبعد غد بطلاق واحد فلا يحتاج الى طلاق آخر *

قوله لانها لا تملك رد الامر كما لا تملك رد الايقاع اي ليس للمرأة ان تقول لا اقبل الامر باليد فيكون الامر في يدها من غير قبول منها فلا يرتد بردها كما انه ليس لها ان تقول لا اقبل ايقاع الطلاق بل يقع عليها من غير قبولها فلا يرتد بردها جعل ردها الامر في اليوم بمنزلة قيامها عن المجلس او اشتغالها بعمل آخر وجه ظاهر الرواية ان الوقت المذكور ههنا بمنزلة المجلس في قوله امرك بيدك مطلقا وهناك لو اختارت زوجها خرج الامر من يدها وان بقي المجلس فههنا اذا اختارت زوجها يخرج الامر من يدها ايضا وهذا لان لها الخيار بين ان تختار نفسها بايقاع الطلاق وبين ان تختار زوجها برد الامر ولو اختارت نفسها طلقت ولم يبق لها خيار في الغد فكذلك اذا اختارت زوجها لا يبقى لها الخيار في الغد وعن ابي يوسف رحمة الله تعالى عليه اذا قال امرك بيدك اليوم وامرك بيدك غدا انهما امران حتى اذا اختارت زوجها اليوم ثم جاء الغد لها ان تختار نفسها جعل شمس الائمة السرخسي رحمة الله تعالى عليه هذه الرواية صحيحة *

وان قال امرك بيدك يوم يقدم فلان فقدم فلان ولم تعلم بقدومه حتى جن الليل فلا خيار لها لان الامر باليد مما يمتد فيحمل اليوم المقرون به على بياض النهار وقد حققناه من قبل فيتوقت به ثم ينقضي بانقضاء وقته واذا جعل امرها بيدها او خيرها فمكثت يوما لم تقم فالامر في يدها ما لم تأخذ في عمل آخر لان هذا تمليك التطليق منها لان المالك من يتصرف برأي نفسه وهي بهذه الصفة والتمليك يقتصر على المجلس وقد بيناه ثم ان كانت تسمع يعتبر مجلسها ذلك وان كانت لا تسمع فمجلس علمها وبلوغ الخبر اليها لان هذا تمليك فيه معنى التعليق فيتوقف على ماوراء المجلس ولا يعتبر مجلسه لان التعليق لازم في حقه بخلاف البيع لانه تمليك محض لا يشوبه التعليق واذا اعتبر مجلسها فالمجلس تارة يتبدل بالتحول

قوله وان قال امرك بيدك يوم يقدم فلان وقد حققناه من قبل اي في فصل اضافة الطلاق **قوله** وان كانت لا تسمع فمجلس علمها وبلوغ الخبر اليها لان هذا التمليك فيه معنى التعليق فان قيل لما كان فيه من معنى التعليق ينبغي ان لا يعتبر مجلسها كما لا يعتبر مجلس الزوج وبالنظر الى معنى التمليك كان ينبغي ان لا يتوقت قلنا التمليك فيه معتبر بتمليك المنافع كالاجارة والعارية لا بتمليك الاعيان كالبيع والهبة فان الاجارة والعارية قابلة للتوقيت وان كانت للتمليك فكذا هنا ولما لم يكن فى الامر المطلق توقيت يراعى وجوده اعتبرنا جانب التمليك فقلنا بالاقتصار على مجلس العلم واعتبرنا معنى التعليق فقلنا ببقاء الايجاب الى ماوراء المجلس اذا كانت غائبة عملا بالدليلين بقدر الامكان **قوله** بخلاف البيع حيث لا يتوقف فيه الايجاب على ماوراء المجلس ويعتبر مجلس البائع ويصح رجوعه قبل القبول لانه تمليك محض لا يشوبه التعليق

ومرة بالاخذفي عمل آخر على ما بيناه فى الخيار ويخرج الامر من يدها بمجرد القيام لانه دليل الاعراض اذ القيام يفرق الرأي بخلاف ما اذا مكثت يوما ولم تأخذ في عمل آخر لان المجلس قد يطول وقد يقصر فيبقى الى ان يوجد ما يقطعه او يدل على الاعراض وقوله مكثت يوماليس للتقدير به وقوله مالم تأخذ في عمل آخر يراد به عمل يعرف انه قطع لما كانت فيه لا مطلق العمل ولو كانت قائمة فجلست فهي على خيارها لانه دليل الاقبال فان القعود اجمع للرأي وكذا اذا كانت قاعدة فاتكأت او متكئة فقعدت لان هذا انتقال من جلسة الى جلسة فلا يكون اعراضا كما اذا كانت محتبئة فتربعت قال رضي الله تعالى عنه هذا رواية الجامع الصغير وذكر في غيره انها اذا كانت قاعدة فاتكأت لا خيار لها لان الاتكاء اظهار التهاون بالامر فكان اعراضا

قوله ومرة بالاخذفي عمل آخر اي عمل يعرف به انه قطع لما كان فيه لا نفس العمل حتى لو شربت ماء لا يبطل الامر لانها قد شربت لتتمكن من الكلام ففي حال المشاجرة والخصام قد يجف الفم فلا يقدر على الكلام مالم يشرب فلا يكون ذا دليل الاعراض وكذلك ان اكلت شيئا يسيرا من غير ان يدعوا بالطعام او لبست ثيابها من غير ان تقوم من ذلك المجلس اوسبحت اوقرأت آية اوكانت في مكتوبة فاتمت اوفي تطوع فاتمت الشفع ولو شرعت في شفع آخر خرج الامر من يدها وروى ابن سماعة عن محمد رحمه الله فى الاربع قبل الظهر انها بمنزلة صلوة واحدة والوتر كالمكتوبة لان ذا عمل قليل بخلاف ما اذا دعيت بطعام فاكلت اونامت اوامتشطت اواغتسلت اواختضبت اوجامعها زوجها لاشتغالها بعمل آخر لا تحتاج اليه وليس ذا من عمل الاختيار وكذا يعتبر مجلسها في قوله لها اختاري نفسك وفي قوله طلقي نفسك وانت طالق ان شئت وفي قوله لاجنبي امر امرأتي بيدك اوقال لها طلقها اذا شئت اوان شئت اوامر امرأتي بيدك في ان تخلعها وكذا في قوله

والاول هو الاصح ولو كانت قاعدة فاضطجعت ففيه روايتان عن ابي يوسف رحمه الله تعالى ولو قالت ادعوا ابي استشيره اوشهود اشهداهم فهي على خيارها لان الاستشارة لتحري الصواب والاشهاد للتحرز عن الانكار فلايكون دليل الاعراض وان كانت تسير على دابة اوفي محمل فوقفت فهي على خيارها وان سارت بطل خيارها لان سير الدابة ووقوفها مضاف اليها والسفينة بمنزلة البيت لان سيرها غير مضاف الى راكبها الا ترى انه لايقدر على ايقافها وراكب الدابة يقدر الله تعالى اعلم بالصواب ٭

اعتق عبدي اذا شئت بخلاف الوكيل بالبيع اذا قيل له بعه ان شئت حيث لا يقتصر على المجلس لان البيع لا يحتمل التعليق فلم يتقيد بالمجلس بخلاف قوله لامرأته طلقي ضرتك لانه توكيل ولهذا يملك الرجوع عنه كذا ذكره الامام التمرتاشي رحمة الله تعالى عليه ٭

قوله والاول هو الاصح لان الاتكاء استناد والاستناد اجمع للرأي ولان الاتكاء نوع جلسة فلا يتغير به ماهو الثابت للمجالس **قوله** والسفينة بمنزلة البيت لايبطل خيارها بسيرها لان سيرها غير مضاف الى راكبها قال الله تعالى وجرين بهم وهي تجري بهم بخلاف الدابة لان سيرها ووقوفها مضاف الى راكبها فان اوقفت الدابة واختارت نفسها متصلا بتخيير الزوج من غير سكوت بين الكلامين فحينئذ يصح اختيارها لان دليل الاعراض انما يتحقق بسكوتها بعد تخيير الزوج ولم يوجد وكذلك ان كان معها على تلك الدابة اوكانا في محل واحد وهكذا الجواب في البيع ان اتصل قبول المشتري بايجاب البائع من غير سكتة بينهما في هذا الفصل ينعقد البيع والافلا كذا في المبسوط والله تعالى اعلم بالصواب ٭

فصل في المشية

ومن قال لامرأته طلقي نفسك ولا نية له او نوى واحدة فقالت طلقت نفسي فهي واحدة رجعية وان طلقت نفسها ثلثا وقد اراد الزوج ذلك وقعن عليها وهذا لان قوله طلقي معناه افعلي فعل الطلاق وهو اسم جنس فيقع على الادنى مع احتمال الكل كسائر اسماء الاجناس فلهذا تعمل فيه نية الثلث وينصرف الى الواحدة عند عدمها وتكون الواحدة رجعية لان المفوض اليها صريح الطلاق وهو رجعي ولو نوى اثنتين لا تصح لانه نية العدد الا اذا كانت المنكوحة امة لانه جنس في حقها وان قال لها طلقي نفسك فقالت ابنت نفسي طلقت ولو قالت قد اخترت نفسي لم تطلق لان الابانة من الفاظ الطلاق الاترى انه لو قال لامرأته ابنتك ينوي به الطلاق اوقالت ابنت نفسي فقال الزوج قد اجزت ذلك بانت فكانت موافقة للتفويض في الاصل الا انها زادت فيه وصفا وهو تعجيل الابانة فيلغو الوصف الزائد ويثبت الاصل كما اذا قالت طلقت نفسي تطليقة بائنة

فصل في المشية

قوله وان طلقت نفسها ثلثا وقد اراد الزوج ذلك وقعن عليها لان قوله طلقي مختصر من افعلي فعل التطليق والمختصر من الكلام كالمطول وقد صحت نية الثلث في المطول فكذا في المختصر وهذا بخلاف قوله طلقتك لانه وان دل على المصدر لكنه في الاصل اخبار عن طلاق سابق فيقتضي طلاقا تصحيحا لاخباره والثابت اقتضاء ثابت بطريق الضرورة وما ثبت ضرورة لايعدو موضعها والضرورة تندفع بطلاق واحد فلا يثبت الزائد كما في قوله انت طالق واما في قوله طلقي نفسك فامر بالتطليق وضعا لاضرورة فيحتمل العموم لانه اسم جنس واسم الجنس يقع على الادنى ويحتمل الكل حتى اذا نوى الكل صح

وينبغي ان تقع تطليقة رجعية بخلاف الاختيار لانه ليس من الفاظ الطلاق الا ترى انه لو قال لامرأته اخترتك او اختاري ينوي الطلاق لم يقع ولو قالت ابتداء اخترت نفسي فقال الزوج اجزت لا يقع شيءٌ الا انه عرف طلاقا بالاجماع اذا حصل جوابا بالتخيير وقوله طلقي نفسك ليس بتخيير فيه فيلغو وعن ابي حنيفة رحمه الله تعالى انه لا يقع شيءٌ بقولها ابنت نفسي لانها اتت بغير ما فوض اليها اذ الابانة تغاير الطلاق وان قال لها طلقي نفسك فليس له ان يرجع عنه لان فيه معنى اليمين لانه تعليق الطلاق بتطليقها واليمين تصرف لازم ولو قامت عن مجلسها بطل لانه تمليك بخلاف ما اذا قال لها طلقي ضرتك لانه توكيل وانابة فلا يقتصر على المجلس ويقبل الرجوع

كما لو حلف ان لا يشرب الماء ولو قال لها طلقي نفسك فقالت ابنت نفسي طلقت وكذا لو قالت انا حرام او بائن او برية او بتة وقالوا لا يصح منها البائن على قياس قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى كما لو امرها بواحدة فطلقت ثلثا او ثلثا فطلقت الفا او نصف تطليقة او الفا فطلقت ثلثا لا يقع وان كانا في الحكم سواء لانه يعتبر اللفظ كذا في الجامع الصغير للتمرتاشي رحمه الله ويمكن ان يقال هنا موافقة في الاصل فجعل جوابا وفي قوله طلقي نفسك نصف تطليقة مخالفة في الاصل اذ النصف الزائد اصل او اتت بغير ما فوض اليها لان المفوض اليها نصف الطلاق الذي يكون ساريا وفي الباقي مخالفة في الايجاب حين اتت بغير ما فوض اليها من الايجاب ٭

قوله وينبغي ان تقع تطليقة رجعية هذا شرح لاطلاق جواب محمد رحمة الله تعالى عليه وهو قوله طلقت فان محمدا رحمه الله لم يتعرض لوصف الابانة فكان رجعيا نظرا الى الاطلاق وهو المتيقن **قوله** بخلاف الاختيار متعلق بقوله لان الابانة من الفاظ الطلاق

وان قال لها طلقي نفسك متى شئت فلها ان تطلق نفسها في المجلس وبعده لان كلمة متى عامة في الاوقات كلها فصار كما اذا قال في اي وقت شئت واذا قال لرجل طلق امرأتي فله ان يطلقها في المجلس وبعده وله ان يرجع لانه توكيل وانه استعانة فلا يلزم ولا يقتصر على المجلس بخلاف قوله لامرأته طلقي نفسك لانها عاملة لنفسها فكان تمليكا لا توكيلا ولو قال لرجل طلقها ان شئت فله ان يطلقها في المجلس خاصة وليس للزوج ان يرجع وقال زفر رحمة الله تعالى عليه هذا والاول سواء لان التصريح بالمشية كعدمه لانه يتصرف عن مشية فصار كالوكيل بالبيع اذا قيل له بعه ان شئت ولنا انه تمليك لانه علقه بالمشية

قوله وان قال لها طلقي نفسك فليس له ان يرجع عنه لان فيه معنى اليمين الى قوله بخلاف ما اذا قال لها طلقي ضرتك لانه توكيل وانابة فلا يقتصر على المجلس ويقبل الرجوع فان قيل في قوله طلقي ضرتك معنى التعليق ايضا فكان ينبغي ان يقع لازما في جانبه ولا يقبل الرجوع قلنا لا يمكن اعتبار التعليق في ضمن الوكالة اذ الوكالة من العقود الجائزة ولو اعتبرنا التعليق فيه تبطل حقيقته فيؤدي الى ابطال ما في ضمنه والتمليك من العقود اللازمة فيلايم التعليق فاعتبر قوله **قوله** وانه استعانة فلا يلزم اي في جانب الزوج ولا يقتصر على المجلس اي في جانب الوكيل وهذا لانه امر بايقاع الطلاق والامر لا يقتضي الايتمار على الفور اعتبارا باوامر الشرع وبسائر الوكالات ويقبل الرجوع لئلا يعود على موضوعه بالنقض وهذا لانه انما استعان بغيره في حاجته لكون التصرف له لا عليه فلو الزمناه فربما تزول حاجته فيصير التصرف عليه فيتضرر به ولان الوكيل يعمل للموكل وفي لحوق المنة ضرر فله ان يرجع **قوله** قال زفر رحمة الله تعالى عليه هذا والاول سواء هو قوله لرجل طلق امرأتي ،

والمالك هو الذي ينصرف عن مشيته والطلاق يحتمل التعليق

قوله والمالك هو الذي ينصرف عن مشيته فان قيل لو قال لا جنبي طلق امرأتي كان الوكيل متصرفا ايضا عن مشية واختيار فلم لا يكون تمليكا قلنا انما نشأ ذلك الاختيار والمشية من عدم نفاذ الزام الامر عليه لعدم الولاية لا من الصيغة فان الصيغة ملزمة اذا صدرت من ذي ولاية ولما قال للاجنبي ان شئت فالمشية جاءت من الصيغة صريحا واثبتت خاصية المالكية فكان هذا الكلام للتمليك لا للالزام الا ترى ان الله تعالى لو قال اعملوا كذا ان شئتم لم يكن الزاما وكان تمليكا بخلاف المشية الثابتة للوكيل في عدم نفاذ ولاية الزام الامر وكلامنا في المشية المستفادة من الصيغة والحاصل ان المشية نوعان نوع يذكر ويراد به الاختيار في الفعل بمعنى نفي الغلبة ورفع الاضطرار والوكيل موصوف بهذه المشية والنوع الثاني الايثار يقال ان شئت فعلت كذا وان شئت لم تفعل بمعنى ان شئت اثرت الفعل على الترك او ترك الفعل والايثار ينبئ عن استحسان الفعل والتحصيل له لزيادة رغبة فيه وانه لحسنة وانه معنى آخر وراء المشية بمعنى نفي الغلبة والوكيل غير موصوف بالمشية بهذا الاعتبار لان الموكل هو الذي يؤثر الفعل والترك والموجود من الموكل في حق الوكيل ليس الا استعارة اللسان وتحصل العبارة باختياره من غير تحصيل النظر في مصلحة الفعل وتركه فاذا فوض الامر الى غيره وقطع تدبيره ورأيه في مصلحة الامر وتركه وهذا صفة المالك لا صفة الوكيل فكان قوله ان شئت تمليكا لا توكيلا فتبين بهذا ان التصريح بالمشية ليس كعدمه فان التصرف بذكر المشية صار تمليكا بعد ان كان توكيلا وانها غير محمولة على نفي الاضطرار بل على المعنى الثاني وهو الذي يوجبها الزوج ويثبتها صيانة لتصرف العاقل عن الالغاء اذ لو حملت على نفي الاضطرار لم يفد الا ما افاده السكوت عن ذكر المشية وفيه الغاء تصرف العاقل

بخلاف البيع لانه لا يحتمله ولو قال لها طلقي نفسک ثلثا فطلقت واحدة فهي واحدة لانها ملكت ايقاع الثلث فتملک ايقاع الواحدة ضرورة ولوقال لها طلقي نفسک واحدة فطلقت نفسها ثلثا لم يقع شيء عندابي حنيفة رحمه الله وقالا يقع واحدة لانها اتت بما ملكته وزيادة فصاركما اذاطلقها الزوج الفا ولابي حنيفة رحمه الله انها اتت بغير ما فوض اليها فكانت مبتدأة مجيبة وهذا لان الزوج ملكها الواحدة والثلث غير الواحدة لان الثلث اسم لعدد مركب مجتمع والواحد فرد لا تركيب فيه فكانت بينهما مغايرة على سبيل المضادة بخلاف الزوج لانه يتصرف بحكم الملک وكذا هي فى المسئلة الاولى لانها ملكت الثلث اماهنا لم تملک الثلث وما اتت بما فوض اليها فلغا وان امرها بطلاق يملک الرجعة فطلقت بائنة او امرها بالبائن فطلقت رجعية وقع ما امربه الزوج فمعنى الاول ان يقول لها الزوج طلقي نفسک واحدة املک الرجعة فتقول طلقت نفسي واحدة بائنة فتقع رجعية ٭

وهذا بخلاف البيع لان تمليک الطلاق فيه معنى اليمين لان فيه تعليق الطلاق بالتطليق وفي قوله طلقها ان شئت تمليک فيه تعليق الطلاق بالمشية و الطلاق يحتمل ذلک والبيع مما لا يحتمل التعليق بالشرط فيلغو ذكر المشية فيه ٭

قوله بخلاف البيع لانه لا يحتمله فان قيل هذا توكيل للبيع لا البيع نفسه والتوكيل قابل للتعليق قلنا اعتبر التوكيل بالبيع باصل البيع **قوله** والثلث غير الواحدة وهذا لان الثلث غير الواحدة لفظا وكذا حكما لثبوت الحرمة الغليظة بالثلث دون الواحدة وكذا اختلفا في وقت الوقوع لان وقت وقوع الواحدة بعد الفراغ عن قوله طلقت ووقت وقوع الثلث بعد

لانها اتت بالاصل وزيادة وصف كما ذكرنا فيلغو الوصف ويبقى الاصل ومعنى الثانية ان يقول لها طلقي نفسك واحدة بائنة فتقول طلقت نفسي واحدة رجعية فتقع بائنة لان قولها واحدة رجعية لغو منها لان الزوج لما عين صفة للمفوض اليها فحاجتها بعد ذلك الى ايقاع الاصل دون تعيين الوصف

الفراغ عن قوله ثلثا فاذا ثبتت المغايرة بينهما في اللفظ والحكم ووقت الوقوع يكون معرضة عما فوض اليها فيلغو فصار الاصل في هذا ان المرأة تصلح ان تكون مجيبة للزوج بما في ضمن كلامه ولا تصلح ان تكون مجيبة بما في ضمن كلامها لان المتضمن يثبت على حسب المتضمن فاذا كانت مبتدئة في المتضمن لم تصلح مجيبة فيما في ضمنه وهذا لان الواحدة من الثلث قائم بهذه الجملة فاذا لم تثبت الجملة لا يثبت ما يقوم بها لان المتضمن متى لم يثبت كيف يثبت المتضمن كمن شهد انه قال لامرأته انت خلية وشهد آخر انه قال انت برية في حال مذاكرة الطلاق لا يقضي بشيء لان المتضمن لم يثبت فبطل طلب الموافقة في المضمون وهذا بخلاف ما اذا طلق الزوج الفا لانه يتصرف بحكم الملك فصح تصرفه فيما يملك ولغا فيما لا يملك الا ترى ان الزوج اذا طلق امرأته على غير وجه السنة يقع لانه بحكم الملك ولو قال لها طلقي نفسك للسنة فطلقت لا على وجه السنة لا يقع لانها ملكت بالتفويض فتملك بقدر ما فوض اليها •

قوله لانها اتت بالاصل وهو قولها طلقت نفسي وزيادة وصف وهو قولها واحدة بائنة فان قيل اذا قال لها طلقي نفسك واحدة فطلقت نفسها ثلثا بقولها طلقت نفسي ثلثا واقعة في قولها طلقت نفسي حتى لو اقتصرت عليه تكون ممتثلة وانما خالفته في قولها ثلثا فكان ينبغي ان يلغى الثلث وتكون ممتثلة في ايقاع الواحدة عند ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه قلنا الطلاق متى قرن بالعدد

فصار كانها اقتصرت على الاصل فيقع بالصفة التي عينها الزوج بائنا او رجعيا وان قال لها طلقي نفسک ثلثا ان شئت وطلقت واحدة لم يقع شيء لان معناه ان شئت الثلث و هي بايقاع الواحدة ما شاءت الثلث فلم يوجد الشرط ولو قال لها طلقي نفسک واحدة ان شئت فطلقت ثلثا فكذلک عند ابي حنيفة رحمه الله لان مشية الثلث ليست بمشية للواحدة كايقاعها وقالا تقع واحدة لان مشية الثلث مشية للواحدة كما ان ايقاعها ايقاع للواحدة فوجد الشرط ولو قال لها انت طالق ان شئت فقالت شئت ان شئت فقال شئت ينوي الطلاق بطل الامر لانه علق طلاقها بالمشية المرسلة وهي اتت بالمعلقة فلم يوجد الشرط وهو اشتغال بمالا يعنيها فخرج الامر من يدها ه

فالوقوع بالعدد لا بلفظ الطلاق ولهذا لوقال لغير المدخول بها انت طالق ثلثا تطلق ثلثا وكذا لوماتت قبل قوله ثلثا لايقع الطلاق فاذا كانت مبتدئة في كلمة الايقاع لم يقع عليها شيء بدون اجازته وبه فارق صفة البينونة لان قولها ابنت نفسي معناه طلقت نفسي تطليقة بائنة واصل الطلاق انما يقع بقولها طلقت نفسي لابذكر صفة البينونة وهي في ذلك ممتثلة امره •

قوله فصار كانها اقتصرت على الاصل فيقع بالصفة التي عينها الزوج بائنا وهذا لان الزوج فوض اليها ذات الطلاق مع الوصف وانها اتت بذات مافوض اليها وخالفت فى الوصف فصارت موافقة فى الاصل مخالفة فى الوصف ولا يجوز ابطال الاصل للوصف فيقع الاصل ويستتبع الوصف الذي ذكر الزوج يحققه انها لواقتصرت على قولها طلقت فى المسئلتين يصلح جوابا للزوج في وقوع ما امر به الزوج وقولها بائنة اورجعية زائدة فيلغو بخلاف المسئلة المتقدمة فانها بايقاع الثلث لم تأت بعين مافوض اليها على ما ذكرنا فلا يصلح ان تكون مجيبة

ولايقع الطلاق بقوله شئت وان نوى الطلاق لانه ليس في كلام المرأة ذكر الطلاق ليصير الزوج شائيا طلاقها والنية لا تعمل في غير المذكور حتى لو قال شئت طلاقك يقع اذا نوى لانه ايقاع مبتدء اذ المشية تنبئ عن الوجود بخلاف قوله اردت طلاقك لانه لا ينبئ عن الوجود وكذا اذا قالت شئت ان شاء ابي اوشئت ان كان كذا الامر لم يجئ بعد لما ذكرنا ان المأتي به مشية معلقة فلا يقع الطلاق و بطل الامر وان قالت قد شئت ان كان كذا الامر قد مضى طلقت

قوله ولايقع الطلاق بقوله شئت وان نوى الطلاق فان قيل ينبغي ان يقع لانه مسبوق بذكر الطلاق فصار كانه قال شئت طلاقك فيقع قلنا الكلام المبهم انما ينبئ على ما سبق اذا ما اعتبر السابق والسابق هنا غير معتبر لاشتغالها بما لا يعينها حتى لو قال شئت طلاقك يقع اذا نوى لانه ايقاع مبتدأ لان المشية ينبئ عن الوجود فمعنى قوله شئت ذاك حصلته وتحصيل الطلاق بايقاعه الا انه لابد من النية لانه قد يقصد وجوده وقوعا وقد يقصد وجوده ملكا فلايقع الطلاق بالشك بخلاف قوله اردت طلاقك لان الارادة لغة عبارة عن الطلب قال عليه السلام الحمى زائد الموت اي طالبه وفى المثل السائر الزائد لايكذب اهله اي طالب الكلأ وليس من ضرورة الطلب الوجود فان قيل اليس ان الارادة والمشية سيان عند اهل السنة قلنا جاز ان يكون بينهما تفرقة نظرا الينا وتسوية نظرا الى ربنا لان ما شاءه اوطلبه يكون لامحالة بخلاف العباد وذكر فى المحيط واذاقال لهاشئت طلاقك ذكر شيخ الاسلام في شرحه انه يقع الطلاق ولم يشترط نية الايقاع وفى المبسوط رجل قال لامرأته شائي الطلاق ينوي به الطلاق فقالت قد شئت فهي طالق وان لم يكن له نية فليست بطالق لمابينا ان مشيتها من عمل قلبها كاختيارها فهذا بمنزلة قوله اختياري الطلاق فقالت قد اخترت

لان التعليق بشرط كائن تنجيز ولو قال لها انت طالق اذا شئت او اذا ما شئت او متى شئت او متى ما شئت فردت الامر لم يكن ردا ولا يقتصر على المجلس اما كلمة متى ومتى ما فلانها للوقت وهي عامة في الاوقات كلها كانه قال في اي وقت شئت فلا تقتصر على المجلس بالاجماع ولو ردت الامر لم يكن ردا لانه ملكها الطلاق في الوقت الذي شاءت فلم يكن تمليكا قبل المشية حتى يرتد بالرد ولا تطلق نفسها الا واحدة لانها تعم الازمان دون الافعال فتملك التطليق في كل زمان ولا تملك تطليقا بعد تطليق واما كلمة اذا واذا ما فهي ومتى سواء عندهما وعند ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه وان كان يستعمل للشرط كما يستعمل للوقت

وهنا كان نوى الزوج الايقاع يقع فكذلك ههنا فان قال احبي الطلاق او اريدي الطلاق او اهوي الطلاق فقالت قد فعلت كان باطلا وان نوى به الطلاق لان الارادة والمحبة والهوى من العباد نوع تمن فكانه قال لها تمن الطلاق فقالت تمنيت لا يقع ٭

قوله لان التعليق بشرط كائن تنجيز اي بشرط ثابت موجود كما اذا قال امرأتي طالق وان كان زيد في الدار والحال انه في الدار يقع الطلاق فان قيل لو كان التعليق بشرط كائن تنجيزا لكان تنجيزا فيما اذا قال الرجل هو يهودي ان كنت فعلت كذا امس وهو يعلم انه قد كان فعله ولو كان تنجيزا لوجب تكفيره ولم يجب قلنا قال شيخ الاسلام خواهرزاده رحمة الله تعالى عليه اختلف المشايخ في هذه المسئلة فيمنع ولئن سلمنا فنقول هذه الالفاظ صارت كناية عن اليمين بالله تعالى اذا حصل التعليق بها بفعل في المستقبل فكذا اذا حصل التعليق بفعل في الماضي تحاميا عن تكفير المسلم

لكن الامر صار بيدها فلا يخرج بالشك وقد مر من قبل ولو قال لها انت طالق كلما شئت فلها ان تطلق نفسها واحدة بعد واحدة حتى تطلق نفسها ثلثا لان كلمة كلما توجب تكرار الافعال الا ان التعليق ينصرف الى الملك القائم حتى لو عادت اليه بعد زوج آخر فطلقت نفسها لم يقع شيء لانه ملك مستحدث وليس لها ان تطلق نفسها ثلثا في كلمة واحدة لانها توجب عموم الانفراد لاعموم الاجتماع فلاتملك الايقاع جملة وجمعا ولو قال لها انت طالق حيث شئت او اين شئت لم تطلق حتى تشاء وان قامت من مجلسها فلامشية لها لان كلمة حيث واين من اسماء المكان والطلاق لا تعلق له بالمكان فيلغو ويبقى ذكر مطلق المشية فيقصر على المجلس

قوله لكن الامر صار بيدها فلا يخرج بالشك يعني لو نظرنا الى كونه للشرط يخرج الامر من يدها بالقيام عن المجلس ولو نظرنا الى كونه للوقت لايخرج والامر كان في يدها فلا يخرج بالشك فان قيل وجب ان يحمل على الشرط في هذه الصورة تصحيحا للرد قلنا انما يحمل على الشرط اذا كان الرد صادرا ممن كان التعليق صادرا منه وهذا لان ارادة الشرط يختص بمن كان التعليق مختصا به دون من كان الرد مختصا به فلذلك لم يحمل على الشرط تصحيحا للرد كذا في الفوائد الظهيرية **قوله** والطلاق لاتعلق له بالمكان فيلغو فان قيل اذا الغا ذكر المكان يبقى قوله انت طالق ان شئت فينبغي ان يقع ولا يبطل بالقيام عن المجلس يدل عليه مالو قال لها انت طالق دخلت الدار يقع الساعة قلنا يحملها على الشرط لتأخير بين الظرف والشرط لان كل واحد منهما يفيد ضربا من التأخير فحملا عليه مجازا عن حرف شرط فان قيل اذا جعل مجازا عن حرف الشرط فلم يجعل مجازا عن حرف ان حتى يبطل بالقيام عن المجلس ولا يجعل مجازا عن اذا

بخلاف الزمان لان له تعلقا به حتى يقع في زمان دون زمان فوجب اعتباره خصوصا وعموما وان قال لها انت طالق كيف شئت طلقت تطليقة يملك الرجعة معناه قبل المشية فان قالت قد شئت واحدة بائنة اوثلثا وقال الزوج ذلك نويت فهو كما قال لان عند ذلك تثبت المطابقة بين مشيتها وارادته اما اذا ارادت ثلثا والزوج واحدة بائنة اوعلى القلب تقع واحدة رجعية لانه لغا تصرفها لعدم الموافقة فبقي ايقاع الزوج وان لم تحضره النية تعتبر مشيتها فيما قالوا جريا على موجب التخيير قال رضي الله تعالى عنه قال في الاصل هذا قول ابي حنيفة رحمه الله وعند هما لا تقع مالم توقع المرأة فتشاء رجعية اوبائنة اوثلثا وعلى هذا الخلاف العتاق لهما انه فوض التطليق اليها على اي صفة شاءت فلا بد من تعليق اصل الطلاق بمشيتها لتكون لها المشية في جميع الاحوال اعني قبل الدخول وبعده ولابي حنيفة رحمه الله ان كلمة كيف للاستيصاف يقال

ومتى حتى لا يبطل بالقيام قلنا جعلها مجازا عن حرف ان اولى لانها اصل في الشرط خالص له ومعنى الشرط هو الجامع فجعل مجازا لما هو اصل في الشرط دون اذا ومتى لانهما لا يتمحضان للشرط

قوله بخلاف الزمان لان له تعلقا به لان الطلاق لو وقع يقع في زمان دون زمان واما اذا وقع في مكان كان واقعا في جميع الامكنة فلا يكون له تعلق بالمكان لانه لا فائدة في تعلقه بالمكان لعدم اختصاصه بالمكان والتعليق بالشيء لبيان الاختصاص به كما في الافعال فوجب اعتباره خصوصا كما في انت طالق ان شئت وعموما كما في انت طالق متى شئت **قوله** وان لم تحضره النية تعتبر مشيتها حتى لو شاءت ثلثا اوواحدة بائنة ولم ينوا لزوج وقع ما اوقعت بالاتفاق على اختلاف الاصلين اما على اصل ابي حنيفة رحمه الله فلانه اقامها مقام نفسه في اثبات الوصف والزوج متى اوقع رجعيا يملك ان يجعله بائنا وثلثا عند ابي حنيفة رحمه الله

كيف اصبحت والتفويض في وصفه يستدعي وجو داصله ووجو دالطلاق بوقوعه

فكذا المرأة تملك ان تجعل ماوقع بائنا وثلثالان الزوج اقامها مقام نفسه في اثبات الوصف واماعند هما فكذا يملك ايقاع البائن والثلث فانه تفويض اصل الطلاق اليها على اي وصف شاءت وعلى هذا الخلاف لو قال انت حركيف شئت يعتق عنده فى الحال وعندهما يتوقف على المشية والحاصل ان اصل الطلاق لا يتعلق بمشيتها عنده وانما يتعلق صفته وعندهما يتعلق اصل الطلاق ووصفه بمشيتها لهما ان هذا تفويض الطلاق اليها على اي وصف شاءت وانما يكون كذلك اذا تعلق اصل الطلاق بمشيتها اما اذا لم يتعلق لايقع كيف شاءت بل يقع على خلاف ماشاءت لانه يقع رجعيا وما شاءت ان يكون رجعيا وهذا لان كيف للاستيصاف عن الشيء فاذا اضافها الى المشية المضافة الى الطلاق فقد علق جميع اوصاف الطلاق بالمشية ولن يصير جميع الاوصاف معلقا بالمشية الابعد ان يصير اصل الطلاق معلقا بها لانه متى وقع اصل الطلاق فى الحال لا بد وان يستصحب بعض اوصافه لا ستحالة وجود اصل الطلاق فى الواقع بدون الوصف ولانه لولم يتعلق اصل الطلاق للغا قوله كيف شئت في غير المدخول بها لانها لا تشتغل باثبات الوصف بعده وله ان كيف للاستيصاف وذالا يتصور الابعد وجودا صله الاترى الى قول القائل يقول

خليلي كيف صبرك بعدنا فقلت وهل صبر فتسأل عن كيف

فاذا كان الاستيصاف يستدعي وجود الموصوف يقع اصل الطلاق قبل المشية قضية للاستيصاف لكن يثبت ادنى اوصافه ضرورة ان اصله لاينفك عن وصفه ويتعلق ماوراه بالمشية وهذا لان قوله انت طالق ايقاع فلوثبت التعليق بمشيتها انماثبت ضرورة التخيير واذادخل فى الوصف لا فى الذات وهذه اوصاف تنفك عن الذات فلم يكن من ضرورة تعلقها بالمشية تعلق لذات بها وماقاله اولى لان اثبات الموصوف وان كان فيه تخصيص

وان قال لها انت طالق كم شئت او ماشئت طلقت نفسها ماشاءت لا نهما تستعملان للعدد فقد فوض اليها اي عدد شاءت فان قامت من المجلس بطل وان ردت الامر كان ردا لان هذا امر واحد وهو خطاب فى الحال فيقتضى الجواب فى الحال وان قال لها طلقي نفسك من ثلث ماشئت فلها ان تطلق نفسها واحدة اوثنتين ولا تطلق ثلثا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا تطلق ثلثا ان شاءت لان كلمة ما محكمة فى التعميم وكلمة من قد تستعمل للتمييز فيحمل على تمييز الجنس كما اذا قال كل من طعامي ما شئت اوطلق من نسائي من شئت ولابي حنيفة رح ان كلمة من حقيقة للتبعيض وما للتعميم

بعض الاوصاف عن التعليق ليصح الاستيصاف اولى من تعليق اصل الطلاق بالمشية وتعميم الاوصاف وفيه ابطال الاستيصاف لان الكلام يحتمل التخصيص دون التعطيل ٭

قوله وان قال لها انت طالق كم شئت اوما شئت طلقت نفسها ماشاءت وذكر في اصل رواية الجامع الصغير ان شاءت طلقت نفسها واحدة اوثنتين اوثلثا لم يقم عن مجلسها فان قيل كيف يباح لها ان يطلق نفسها ثلثا والزوج لايسعه ان يطلقها ثلثا قلنا قد روى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله ان ذلك مباح لها فى التخيير واحتمل ان يكون المراد بقوله ان شاءت طلقت نفسها ثلثا مشية العدد لا مشية الاباحة يريد انها تقدر عليه كما يقال في عبد بين اثنين دبر احدهما نصيبه ان الآخر بالخيار ان شاء دبر نصيبه وان شاء تركه على حاله وان شاء اعتقه وقد علمنا انه لايباح له اعتاق نصيبه وانما عني به مشية القدرة لانه لو اعتق نصيبه ضمن للآخر قيمة نصيبه مدبرا وذكر فى الفوائد الظهيرية فى المسئلة التي تليها ان المرأة اذا طلقت نفسها ثلثا على قولهما اوثنتين على قول ابي حنيفة رحمه الله لايكره لانها مضطرة الى ذلك لانها لوخرجت خرج الامر من يدها بخلاف ما اذا اوقع الزوج ٭

فعمل بهما و فيما استشهدابه ترك التبعيض بدلالة اظهار السماحة اولعموم الصفة وهي المشية حتى لو قال من شئت كان على الخلاف والله تعالى اعلم بالصواب ٭

باب الايمان فى الطلاق

واذا اضاف الطلاق الى النكاح وقع عقيب النكاح مثل ان يقول لامرأة ان تزوجتك فانت طالق او كل امرأة اتزوجها فهي طالق وقال الشافعي رحمه الله تعالى لا يقع لقوله صلى الله عليه وسلم لاطلاق قبل النكاح ولنا ان هذه تصرف يمين لوجود الشرط والجزاء فلا يشترط لصحته قيام الملك فى الحال لان الوقوع عند الشرط والملك متيقن به عنده وقبل ذلك اثره المنع وهو قائم بالمتصرف والحديث محمول على نفي التنجيز والحمل مأثور عن السلف كالشعبي و الزهري وغيرهما واذا اضافه الى شرط وقع عقيب الشرط مثل ان يقول لامرأته ان دخلت الدار

قوله فعمل بهما اي بالتبعيض والعموم فان الثنتين عام بالنسبة الى الواحدة وبعض بالنسبة الى الثلث **قوله** بدلالة اظهار السماحة في قوله كل من طعامي ما شئت **قوله** اولعموم الصفة اي في قوله من نسائي من شاءت لانه وصفها بالمشية وهي عامة كما في قوله لااكلم الارجلا كوفيا لايحنث بالتكلم بجميع رجال كوفة والله تعالى اعلم بالصواب ٭

باب الايمان فى الطلاق

قوله واذا اضاف الطلاق الى النكاح اي علق وقال الشافعي رح لايقع لقوله عليه السلام لاطلاق قبل النكاح روي عن عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما انه خطب امرأة فابى اولياؤها ان يزوجها منه فقال ان نكحتها فهي طالق ثلثا فسئل عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لاطلاق قبل النكاح و المعنى فيه انه غير مالك لتنجيز الطلاق

فانت طالق وهذا بالاتفاق لان الملك قائم فى الحال والظاهر بقاءه الى وقت وجود الشرط

فلا يملك تعليقها وهذا لان تأثير الشرط في تأخير الوقوع الى وجوده ومنع ما لولاه لكان طلاقا وهذا الكلام لولا الشرط لكان لغوا لا طلاقا ولان الطلاق يستدعي اهلية فى الموقع وملكا فى المحل ثم قبل الاهلية لا يصح التعليق مضافا الى حالة الاهلية كالصبي اذا قال لامرأته اذا بلغت فانت طالق فكذلك قبل ملك المحل لا يصح مضافا وبهذا تبين انه تصرف يختص بالملك فايجابه قبل الملك يكون لغوا كما لو باع الطير فى الهواء ثم اخذه قبل قبول المشتري ولنا ان التعليق بالشرط يمين فلا يتوقف صحته على ملك المحل كاليمين بالله وهذا لان اليمين تصرف من الحالف في ذمة نفسه لانه يوجب البر على نفسه حملا اومنعا والملك فى المحل شرط الطلاق والمحلوف به ليس بطلاق وانما يكون طلاقا بالوصول الى المرأة وما دام يمينه لم يلاق المرأة وانما يعدى حكمه الى المحل عند ارتفاع اليمين لوجود الشرط فشرط الملك فى المحل حينئذ وهو ثابت ولكن المحلوف به ما سيصير طلاقا عند الشرط بوصوله اليها وهذا كالرمي فان عينه ليس بقتل والترس ليس مانعا ما هو قبل ولا مؤخرا له بل هو مانع ما سيصير قتلا اذا وصل الى المحل ولما كان التعليق مانعا من الوصول الى المحل ولا يكون التصرف معتبرا الا بركنه ومحله لا يكون طلاقا قبل الوصول الى محله فاذا وجد الشرط صار طلاقا لوصوله الى محله وبه فارق ما لو قال لاجنبية ان دخلت الدار فانت طالق فان المحلوف به هناك غير موجود ولا تيقن لوجوده عند وجود الشرط لان دخول الدار ليس بسبب لملك الطلاق ولا هو مالك لطلاقها فى الحال حتى يستدل به على بقاء الملك عند وجود الشرط اما ههنا فيتيقن بوجود المحلوف به لان التزوج سبب لملك الطلاق ولو كان المحلوف به موجودا بطريق الظاهر بان قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق انعقدت اليمين وان كان من الجائز ان يكون دخولها بعد زوال الملك

فصح يمينا اوايقاعا ولا تصح اضافة الطلاق الا ان يكون الحالف مالكا اويضيفه الى ملكه لان الجزاء لابدان يكون ظاهرا ليكون مخيفا فيتحقق معنى اليمين وهوالقوة

فاذا كان المحلوف به متيقن الوجود عند وجود الشرط اولى ان ينعقد اليمين وبان كان لا يملك التنجيزلا يدل على انه لا يملك التعليق كمن قال لجاريته ان ولدت ولدا فهو حر صح وان كان لا يملك تنجيزالعتق فی الولدالمعدوم وكمن قال لامرأته الحائض اذا طهرت فانت طالق كان هذا طلاق السنة وان كان لا يملك تنجيزه فی الحال وهذا بخلاف الاهلية فی المتصرف لانه لا بدمنه فی تصرف اليمين كما لا بد منه فی تصرف الطلاق فاما الملك فی المحل فمعتبر للطلاق دون اليمين وهذا بخلاف البيع فان الايجاب احد شطري البيع وتصرف البيع قبل الملك لغو فاما الايجاب ههنا فتصرف آخر سوى الطلاق وهواليمين وتأويل الحديث ما روي عن مكحول والزهري وسالم والشعبي رحمهم الله انهم قالوا كانوا فی الجاهلية يطلقون قبل التزوج تنجيزا ويعدون ذلك طلاقا فنفى رسول الله عليه السلام ذلك بقوله لا طلاق قبل النكاح وحديث عبد الله بن عمرو غير مشهور ولو ثبت فمعنى قوله ان نكحتها اي وطئتها لان النكاح حقيقة للوطئ وبهذا لا تحصل اضافة الطلاق الى الملك عندنا كذا فی المبسوط •

قوله فصح يمينا اي عندنا اوايقاعا عند الشافعي رحمة الله تعالى عليه وحاصل الخلاف ان المعلق بالشرط لا ينعقد سببا والتعليق تصرف فی السبب باعدامه الى زمان وجود الشرط عندنا وعنده ينعقد سببا واثر التعليق فی تاخير الحكم فكان ايقاعا ولكن لم يثبت حكمه فی الحال **قوله** لان الجزاء لابد ان يكون ظاهرا اي غالب الوجود ليكون مخيفا فيتحقق معنى اليمين وهوالقوة وانما سمي الحلف يمينا لان الحالف يتقوى

والظهور باحد هذين والاضافة الى سبب الملك بمنزلة الاضافة اليه لانه ظاهر عند سببه فان قال لاجنبية ان دخلت الدار فانت طالق ثم تزوجها فدخلت الدار لم تطلق لان الحالف ليس بمالك وما اضافه الى الملك وسببه ولا بد من واحد منهما والفاظ الشرط ان واذا واذا ما وكل وكلما ومتى ومتى ما لان الشرط مشتق من العلامة وهذه الالفاظ مما تليها افعال فتكون علامات على الحنث ثم كلمة ان صرف للشرط لانه ليس فيها معنى الوقت وما وراها ملحق بها وكلمة كل ليس شرطا حقيقة لان ما يليها اسم والشرط ما يتعلق به الجزاء والاجزية تتعلق بالافعال الا انها الحقت بالشروط لتعلق الفعل بالاسم الذي يليها مثل قولك كل عبد اشتريه فهو حر قال رضي الله تعالى عنه ففي هذه الالفاظ اذا وجد الشرط انحلت وانتهت اليمين لانها غير مقتضية للعموم والتكرار لغة فبوجود الفعل مرة يتم الشرط ولا بقاء لليمين بدونه

على حمل نفسه على الفعل اومنعها عنه حذرا من ان يلحقه لزوم الكفارة عند الحنث ولهذا سمي باليمين ايضا ذكر شرط وجزاء لوجود معنى الحمل اوالمنع فيه حذرا من ان يلزمه الجزاء وهو الطلاق والعتاق فان قيل اذا قال لامرأته اذا حضت فانت طالق فهذا يمين وليس فيه معنى الحمل او المنع قلنا العبرة للغالب الشائع ولا معتبر للافراد ٭

قوله والظهور باحد هذين اي كونه غالب الوجود في الملك اوفي الاضافة الى الملك

قوله لان الشرط مشتق من العلامة في الصحاح الشرط بالتحريك هو العلامة واشراط الساعة علاماتها فعلى هذا معنى قوله مشتق من العلامة مشتق من الشرط الذي هو بمعنى العلامة ٭

الا في كلمة كلما فانها تقتضي تعميم الافعال قال الله تعالى كلما نضجت جلودهم الآيه ومن ضرورة التعميم التكرار *

قال فان تزوجها بعد ذلك اي بعد زوج آخر وتكرار الشرط لم يقع شيءٌ لان باستيفاء الطلقات الثلث المملوكات في هذا النكاح لم يبق الجزاء وبقاء اليمين به وبالشرط وفيه خلاف زفر رحمه الله تعالى وسنقرره من بعد ان شاء الله تعالى ولو دخلت على نفس التزوج بان قال كلما تزوجت امرأة فهي طالق يحنث بكل امرأة وان كان بعد زوج آخر لان انعقادها باعتبار ما يملك عليها من الطلاق بالتزوج وذلك غير محصور *

قال وزوال الملك بعد اليمين لا يبطلها لانه لم يوجد الشرط فبقي والجزاء باق لبقاء محله فبقي اليمين ثم ان وجد الشرط في ملكه انحلت اليمين ووقع الطلاق لانه وجد الشرط والمحل قابل للجزاء فينزل الجزاء ولا تبقى اليمين

قوله الا في كلمة كلما قال العلامة شمس الدين الكردري رحمه الله لا فرق بين كلمة كل وكلما كما بين حيث وحيثما ولكن نشأ الفرق بينهما من وجه آخر وهو ان كلمة كل دخلت على المرأة فيوجب عموم ما دخلت عليه فتعم اعيان النساء فاذا تزوج امرأة انحلت اليمين في حقها لما انها اصابت من كلمة كل حصتها فكانها هي المحلوف عليها فقط فاذا تزوجها ثانيا فقد تزوجها بعد انحلال اليمين فلا يقع كما لو قال ان تزوجت امرأة فهي طالق فلا تطلق ثانيا بالتزوج الثاني واما كلما فانما دخلت على التزوج فيقتضي عموم التزوج ويلزم من عموم التزوج عموم النساء لان الفعل يفتقر الى العين ولا يلزمه من عموم النساء عموم التزوج في كلمة كل لان العين لا يفتقر الى العرض

لما قلنا وان وجد في غير الملك انحلت اليمين لوجود الشرط ولم يقع شيء لانعدام المحلية فان اختلفا في الشرط فالقول قول الزوج الا ان تقيم المرأة البينة لانه متمسك بالاصل وهو عدم الشرط ولانه ينكر وقوع الطلاق وزوال الملك والمرأة تدعيه فان كان الشرط لا يعلم الا من جهتها فالقول قولها في حق نفسها مثل ان يقول ان حضت فانت طالق وفلانة فقالت حضت طلقت هي ولم تطلق فلانة ووقوع الطلاق استحسان والقياس ان لا يقع لانه شرط فلا تصدق كما في الدخول وجه الاستحسان انها امينة في حق نفسها اذ لا يعلم ذلك الا من جهتها فيقبل قولها كما قبل في حق العدة والغشيان لكنها شاهدة في حق ضرتها بل هي متهمة فلا يقبل قولها في حقها

قوله لما قلنا اشارة الى قوله وبقاء اليمين به وبالشرط **قوله** كما في الدخول اي في دخول الدار والقياس ان لا يقع الطلاق عليها بقولها لانها تدعي شرط الحنث على الزوج ووقوع الطلاق وهو منكر فيكون القول له ولا يصدق بلا حجة كما لو علق طلاقها بدخول الدار وجه الاستحسان ان هذا الامر لا يعرف الا من قبلها وقد ترتب عليه حكم شرعي فيجب عليها ان تخبر كيلا يقع في الحرام اذ صيانة نفسها وزوجها عن الحرام واجبة ولما كانت الصيانة واجبة كان طريق الصيانة وهو اخبارها واجبا وهي المتعنتة لا قامة هذا الواجب فيجب قبول قولها وهذا لانها مأمورة باظهار ما في رحمها لان الكتمان حرام ليخرج عن عهدة الواجب ولانها صارت امينة من امناء الشرع فيجب قبول قولها لقوله تعالى ولا يحل لهن ان يكتمن ما خلق الله في ارحامهن وقد تعلق بالاظهار احكام شرعية فصارت مأمورة بالاظهار ضرورة فاذا صارت مأمورة بالاظهار يجب قبول قولها ليفيد الاظهار ومتى وجب قبول قولها وجب ترتب الاحكام عليها اذ هو المعنى بالقبول ولهذا قبل قولها

وكذلك لو قال ان كنت تحبيني ان يعذبك الله في نار جهنم فانت طالق وعبدي حر فقالت احبه او قال ان كنت تحبيني فانت طالق وهذه معك فقالت احبك طلقت هي ولم يعتق العبد ولا تطلق صاحبتها لما قلنا

في حق العدة اذا اخبرت بانقضائها بالحيض في مدة تنقضي في مثلها حتى يبطل حقه في الرجعة وفي حق حرمة وطئها اذا اخبرت برؤية الدم وحل الوطئ اذا اخبرت بانقطاع الدم وكان ينبغي ان يقع الطلاق عليهما لانا حكمنا بوجود الشرط بقولها وطلاق صاحبتها جزاء وهذا شرط لطلاقها ولكنا ندع القياس ونوقع الطلاق عليها دون صاحبتها بقولها حتى يعلم انها حاضت حقيقة لانا انما قبلنا قولها بطريق الضرورة ليخرج عن عهدة الواجب او ليقع التفصي عن الحرام ولا ضرورة في حق صاحبتها والحكم بوقوع الطلاق في حقها لا يكون حكما بوجود الشرط في حق صاحبتها لانها شاهدة في حقها بل متهمة فيجعل كان الطلاق وقع عليها لا بقضية الشرط في حق صاحبتها وغير ممتنع ان يقبل قول شخص في حق نفسه ولا يقبل في حق غيره كاحد الورثة اذا اقر بدين على الميت لرجل وكذبه بقية الورثة وكما اذا اثبت الملك للمستحق باقرار المشتري لم يرجع على البائع بالثمن ٠

قوله وكذلك لو قال ان كنت تحبيني الى قوله ولا تطلق صاحبتها غير ان هذه المسئلة تفارق المسئلة الاولى بوجهين احدهما ان هذا يقتصر على المجلس ان اخبرت بذلك في المجلس يقع ولا يقع في غير ذلك المجلس لانه اثبت التخيير حيث جعل الامر الى اختيارها بمحبتها وفي مسئلة الحيض لا يقتصر لانه ليس فيه معنى التمليك بل هي نظيرة سائر التعليقات فلا يقتصر على المجلس والثاني انها لو كانت كاذبة فيما قالت لا يقع الطلاق فيما بينه وبين الله تعالى في مسئلة الحيض واما في مسئلة المحبة فيقع لان حقيقة المحبة والبغض مما لا يوقف عليهما من قبل احد

ولا يتيقن بكذ بها لانها لشدة بغضها اياه قد تحب التخليص منه بالعذاب وفي حقها ان تعلق الحكم باخبارها وان كانت كاذبة ففي حق غيرها بقي الحكم على الاصل وهي المحبة

واذا قال لها اذا حضت فانت طالق فرأت الدم لم يقع الطلاق حتى يستمر ثلثة ايام لان ما ينقطع دونه لا يكون حيضا فاذا تمت ثلثة ايام حكمنا بالطلاق من حين حاضت لانه بالامتداد عرف انه من الرحم فكان حيضا من الابتداء ولو قال لها اذا حضت حيضة فانت طالق لم تطلق حتى تطهر من حيضها لان الحيضة بالهاء هي الكاملة منها

لا من قبلها ولا من قبل غيرها لان القلب منقلب لا يستقر على شيء فما لم يوقف عليه يتعلق الحكم بدليله كالسفر مع المشقة والنوم مع الحدث فصار كل الشرط هو الاخبار عن المحبة وقد وجد فتبعه حكمه فاما الحيض فان له حقيقة وايا ما معلومة فيتعلق الحكم به فاذا اخبرت كاذبة لا يقع فيما بينه وبين الله تعالى كذا في المبسوط لفخر الاسلام رحمة الله تعالى عليه ❊

قوله ولا يتيقن بكذبها جواب سؤال وهو ان يقال لما كان قبول قولها في حقها باعتبار الصدق فاذا اخبرت بمحبة العذاب ونحن نتيقن بكذبها في ذلك وجب ان لا يقبل قولها اصلا فيقال لم نتيقن بكذبها في ذلك فان الجاهل قد يختار العذاب على ما يبغضه فلعلها لشدة بغضها زوجها وجهلها بمقدار الم العذاب يختار ذلك فلم تكن كاذبة قطعا **قوله** فاذا تمت ثلثة ايام حكمنا بالطلاق من حين حاضت وفائدة هذا تظهر فيما اذا كانت المرأة غير مدخولة بها فانها لما رأت وتزوجت بزوج آخر واستمر بها الدم ثلثة ايام كان النكاح صحيحا لانقطاعها عن الزوج باول ما رأت لا الى عدة وتظهر ايضا فيما اذا قال ان حضت فعبدي حر والمسئلة بحالها كان العبد حرا من حين رأت الدم حتى كان الاكساب للعبد وتظهر ايضا في حق الجناية منه وعليه ❊

ولهذا حمل عليه في حديث الاستبراء وكمالها بانتهائها وذلک بالطهر واذاقال انت طالق اذا صمت يوما طلقت حين تغيب الشمس فى اليوم الذي تصومه لان اليوم اذاقرن بفعل يمتد يراد به بياض النهار بخلاف ما اذا قال لها اذا صمت لانه لم يقدره بمعيار

قوله ولهذا حمل عليه اي على الحيضة الكاملة في حديث الاستبراء وهو قوله عليه السلام الا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحيالى حتى يستبرئن بالحيض وكمال الحيض بانتهائه وذلک بانقطاع الدم اذا كان ايامها عشرة او بالانقطاع والغسل اوما يقوم مقام الغسل اذا كانت ايامها دون العشرة وانما يقبل قولها اذا اخبرت بالحيض والطهر الذي هو شرط وقوع الطلاق وهي في تلک الحالة امااذا لم تكن موصوفة بها فلا يصدق بيانه اذا قال لامرأته ان حضت حيضة فانت طالق فمكثت عشرة ايام ثم قالت المرأة حضت حيضة فطهرت واغتسلت وكذبها الزوج فالقول في ذلک قولها واما اذا قالت بعد تطاول الزمان حضت وطهرت وانا الآن حائض بحيضة اخرى لا يقبل قولها ولا يقع الطلاق عليها لانها اخبرت عما هو شرط وقوع الطلاق حال فواتها وانعدامها واذا قال لها ان حضت فانت طالق فمكثت خمسة ايام ثم قال قد حضت منذ خمسة ايام وانا الآن حائض وقع عليها الطلاق ولو قالت حضت وطهرت لا يصدق اذا كذبها الزوج والمعنى فيه هو ان الله تعالى جعل المرأة امينة فيما يخبر فيه من الحيض او الطهر ضرورة اقامة الاحكام المتعلقة بها فما دامت الاحكام قائمة كان الايتمان قائما من جهة الشرع فتصدق واذا كانت الاحكام منقضية كان الايتمان فائتا فلا تصدق وهذا بخلاف المودع اذا قال رددت الوديعة او هلكت فانه يصدق ولا يشرط لتصديقه فيما اخبر به قيام الامانة لان المودع صار امينا من جهة صاحب المال صريحا وابتداء لا لضرورة اقامة الاحكام فان صاحب المال ايتمنه مطلقا اما المرأة انما صارت امينة فيما يخبر من الحيض والطهر ضرورة اقامة الاحكام المتعلقة بها على ماذكرنا

وقد وجد الصوم بركنه وشرطه ومن قال لامرأته اذا ولدت غلاما فانت طالق واحدة واذا ولدت جارية فانت طالق ثنتين فولدت غلاما وجارية ولا يدرى ايهما اول لزمه فى القضاء تطليقة وفى التنزه تطليقتان وانقضت العدة بالولد الاخير لانها لو ولدت الغلام اولا وقعت واحدة وتنقضي عدتها بوضع الجارية ثم لا تقع اخرى به لانه حال انقضاء العدة ولو ولدت الجارية اولا وقعت تطليقتان وانقضت عدتها بوضع الغلام ثم لا يقع شيء آخر به لما ذكرنا انه حال الانقضاء فاذا في حال تقع واحدة وفي حال تقع ثنتان فلا تقع الثنتان بالشك والاولى ان يأخذ بالثنتين تنزها واحتياطا والعدة منقضية بيقين لما بينا وان قال لها ان كلمت اباعمرو وابا يوسف فانت طالق ثلثا فطلقها واحدة فبانت وانقضت عدتها فكلمت اباعمرو ثم تزوجها فكلمت ابا يوسف فهي طالق ثلثا مع الواحدة الاولى وقال زفر رحمه الله لا يقع وهذه على وجوه اما ان وجد الشرطان في الملك فيقع الطلاق وهذا ظاهر او وجدا في غير الملك فلا يقع او وجد الاول في الملك والثاني في غير الملك فلا يقع ايضا لان الجزاء لا ينزل في غير الملك او وجد الاول في غير الملك والثاني في الملك وهي مسئلة الكتاب الخلافية له اعتبار الاول بالثاني

قوله وقد وجد الصوم بركنه وهو الامساك عن المفطرات نهارا وشرطه وهو النية والاهلية

قوله فولدت غلاما وجارية ان علما ان الغلام اول طلقت واحدة وانقضت عدتها بالجارية فلا يقع شيء وان علما ان الجارية اول طلقت ثنتين وان اختلفا فالقول قول الزوج لانكاره الزيادة وان قالا لا ندري طلقت واحدة قضاء وفي التنزه ثنتان وان ولدت غلاما وجاريتين في بطن واحد فان علم انها ولدت الجاريتين اولا فهي طالق ثنتين بولادة الاولى منهما وقد انقضت عدتها بولادتها الغلام وان ولدت الغلام اولا طلقت واحدة بولادتها الغلام وتطليقتين بولادة الجارية الاولى

اذهما في حكم الطلاق كشيء واحد ولنا ان صحة الكلام باهلية المتكلم الا ان الملك يشترط حالة التعليق ليصير الجزاء غالب الوجود لاستصحاب الحال فيصح اليمين وعند تمام الشرط لينزل الجزاء لانه لا ينزل الا في الملك وفيما بين ذلك الحال حال بقاء اليمين فيستغني عن قيام الملك اذ بقاءه بمحله وهو الذمة وان قال لها ان دخلت الدار فانت طالق ثلثا فطلقها ثنتين وتزوجت زوجا آخر ودخل بها ثم عادت الى الاول فدخلت الدار طلقت ثلثا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله تعالى وقال محمد رحمة الله تعالى عليه هي طالق بما بقي من الطلقات وهو قول زفر رحمة الله تعالى عليه واصله ان الزوج الثاني يهدم مادون الثلث عندهما فتعود اليه بالثلث وعند محمد وزفر رحمهما الله تعالى لا يهدم مادون الثلث فتعود اليه بما بقي وسنبين من بعد ان شاء الله تعالى

وقد انقضت عدتها بولادة الاخرى وان ولدت احدى الجاريتين اولا ثم الغلام ثم الجارية طلقت تطليقتين بولادة الجارية والثالثة بولادة الغلام قد انقضت عدتها بولادة الاخرى كذا في المبسوط ولو قال ان كان حملك هذا جارية فانت طالق واحدة وان كان غلاما فثنتين فولدتهما لم يقع لان الحمل اسم لجميع ما في البطن وما في البطن ليس بغلام ولا جارية فلم يوجد شرط الحنث الا ترى انه لو نظر الى جوالق فقال ان كان ما فيه حنطة فامرأتي طالق وان كان ما فيه دقيقا فعبدي حر فاذا فيه دقيق وحنطة لم تطلق ولم يعتق ولو قال ان كان ما في بطنك لزماه لوجود الشرطين والمراد بالتنزه التباعد عن مظان الحرمة ٥

قوله اذهما في حكم الطلاق كشيء واحد من حيث ان الطلاق لا يقع الا بهما فصار الشرطان بمنزلة شرط واحد ولو كان شرطا واحدا لما وقع في غير الملك فكذلك ههنا **قوله** الا ان الملك يشترط حالة التعليق جواب سؤال وهو ان يقال لما كان محل اليمين الذمة ينبغي ان لا يشترط الملك وقت التعليق فاجاب بذلك **قوله** وفيما بين ذلك الحال حال بقاء اليمين فيستغني عن قيام الملك كما

وان قال لها ان دخلت الدار فانت طالق ثلثا ثم قال انت طالق ثلثا فتزوجت غيره ودخل بها ثم رجعت الى الاول فدخلت الدار لم يقع شيء وقال زفر رحمة الله تعالى عليه يقع الثلث لان الجزاء ثلث مطلق لاطلاق اللفظ وقد بقي احتمال وقوعها فيبقى اليمين ولنا ان الجزاء طلقات هذا الملك لا نها هي المانعة لان الظاهر عدم ما يحدث واليمين تعقد للمنع او لحمل واذا كان الجزاء ما ذكرناه وقد فات بتنجيز الثلث المبطل للمحلية فلا يبقى اليمين بخلاف ما اذا ابانها لان الجزاء باق لبقاء محله ولو قال لامرأته اذا جامعتك فانت طالق ثلثا فجامعها فلما التقى الختانان ولبث ساعة لم يجب عليه المهر وان اخرجه ثم ادخله وجب عليه المهر وكذا اذا قال لامته اذا جامعتك فانت حرة وعن ابي يوسف رحمة الله تعالى عليه انه اوجب المهر

اذا علق طلاقها بالشرط فابانها وانقضت عدتها ثم تزوجها ووجد الشرط فانها تطلق بالاجماع وهي مسئلة الهدم فيما دون الثلث وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا علق الواحدة بدخول الدار ثم نجز طلقتين وتزوجت بزوج آخر فعادت الى الاول ودخلت الدار تثبت الحرمة الغليظة عند محمد رحمه الله لعدم الهدم وعندهما لا يثبت لتحقق الهدم ٭

قوله وقد بقي احتمال وقوعها اي بنكاحها ثانيا بعد تزوجها بزوج آخر **قوله** ولنا ان الجزاء طلقات هذا الملك الطريق المعتمد فيه ان يقول بوقوع الثلث عليها خرجت من ان يكون محلا للطلاق لان الطلاق مشروع لرفع الحل وقد ارتفع الحل بالتطليقات الثلث وفوت محل الجزاء يبطل اليمين كفوت محل الشرط بان قال ان دخلت هذه الدار ثم جعل الدار بستانا او حماما لا يبقى اليمين وكما اذا قال ان كلمت فلانا فامرأته طالق فمات فلان فان قيل اليس انه لو قال لعبده ان دخلت الدار فانت حر ثم باعه ثم اشتراه فدخل الدار يعتق مع

في الفصل الاول ايضا لوجود الجماع بالدوام عليه الا انه لا يجب عليه الحد للاتحاد وجه الظاهر ان الجماع ادخال الفرج في الفرج ولا دوام للادخال بخلاف ما اذا اخرج ثم اولج لانه وجد الادخال بعد الطلاق الا ان الحد لا يجب بشبهة الاتحاد بالنظر الى المجلس والمقصود واذا لم يجب الحد وجب العقر اذ الوطئ لا يخلو عن احدهما ولو كان الطلاق رجعيا يصير مراجعا باللبث عند ابي يوسف رحمه الله خلافا لمحمد رحمه الله لوجود المساس ولو نزع ثم اولج صار مراجعا بالاجماع لوجود الجماع والله تعالى اعلم بالصواب *

انه بالبيع لم يبق العبد محلا ليمينه وكذلك بقيت محلا للظهار بعد الطلقات الثلث كما اذا قال لها ان دخلت الدار فانت علي كظهر امي فبانت بالثلث ثم عادت اليه بعد زوج آخر فدخلت الدار يثبت الظهار ولو طلقها ثنتين في مسئلتنا ثم عادت اليه بعد اصابة زوج آخر فدخلت الدار تطلق ثلثا ولو تقيد الجزاء بذلك الملك لما عتق في المسئلة الاولى ولما وقع الظهار ولما طلقت ثلثا هنا بل وقعت واحدة قلنا العبد بصفة الرق محل للعتق وبالبيع لم يفت تلك الصفة حتى لو فاتت بالعتق لم يبق اليمين واما الثاني فان محلية الظهار لا ينعدم بالطلقات الثلث لان الحرمة بالظهار غير الحرمة بالطلاق فان تلك الحرمة حرمة الى وجود الكفارة وهذه حرمة الى وجود ما يرفعها وهو الزوج الثاني واما اذا طلقها ثنتين فالمحل باق اذ المحلية باعتبار صفة الحل وهي قائمة بعد الثنتين فيبقى اليمين وقد استفاد من جنس ما انعقد عليه اليمين فسرى اليه حكم اليمين تبعا وان لم ينعقد اليمين عليه قصدا *

قوله في الفصل الاول اي فيما اذا لبث بعد الايلاج ولم يخرجه لوجود الاستمتاع في غير الملك **قوله** لوجود الجماع بالدوام عليه لان الجماع عبارة عن الاجتماع وهو ثابت بالدوام عليه والله تعالى اعلم بالصواب *

فصل في الاستثناء

واذا قال الرجل لامرأته انت طالق ان شاء الله تعالى متصلا لم يقع الطلاق لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف بطلاق او عتاق وقال ان شاء الله تعالى متصلا به فلا حنث عليه ولانه اتى بصورة الشرط فيكون تعليقا من هذا الوجه وانه اعدام قبل الشرط والشرط لا يعلم هنا فيكون اعداما من الاصل ولهذا يشترط ان يكون متصلا به بمنزلة سائر الشروط ولو سكت يثبت حكم الكلام الاول

فصل في الاستثناء

قوله واذا قال الرجل لامرأته انت طالق ان شاء الله تعالى لم يقع اختلفوا في ان هذا الكلام شرط او ابطال قال ابو يوسف رحمه الله شرط وقال محمد رحمه الله ابطال لان الشرط اعدام السبب الى زمان وجود الشرط وهذا اعدام اصلا فلا يكون شرطا فابو يوسف رحمه الله اعتبر اللفظ ومحمد رحمه الله اعتبر المعنى وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا جمع بين يمينين فقال انت طالق ان دخلت الدار وعبدي حر ان كلمت زيدا ان شاء الله تعالى قال ابو يوسف رحمه الله يعود الى الجملة الثانية لان الجملة الاولى كاملة في حق التعليق وقال محمد رحمه الله يعود اليهما لان الاولى ان كانت كاملة من حيث التعليق ناقصة من حيث اتصال الابطال بها فانصرف الابطال اليهما بخلاف ما اذا قال ان دخلت الدار فانت طالق وان كلمت فلانا فعبدي حر ان جاء فلان حيث ينصرف الى الاخيرة بالاتفاق ولو قال انت طالق وعبدي حر ان شاء الله انصرف اليهما بلا خلاف لانه ان اعتبر شرطا كما قال ابو يوسف رحمه الله انصرف اليهما واذا اعتبر رفعا وابطالا كما قاله محمد رحمه الله فكذلك وتظهر ثمرة الخلاف ايضا فيما اذا قال لامرأته ان حلفت بطلاقك فعبدي حر ثم قال لها انت طالق

فيكون الاستثناء اوذكرا لشرط بعده رجوعاعن الاول قال رضي الله تعالى عنه وكذا اذا ماتت قبل قوله ان شاءالله تعالى لان بالاستثناء خرج الكلام من ان يكون ايجابا والموت ينافى الموجب دون المبطل بخلاف مااذامات الزوج لانه لم يتصل به الاستثناء

وان قال انت طالق ثلثا الاواحدة طلقت ثنتين وان قال انت طالق ثلثا الاثنتين طلقت واحدة

ان شاء الله يحنث عند ابي يوسف رحمه الله لانه يمين وقال محمد رحمه الله لا يكون يمينا ولا يحنث وذكر في شرح الطحاوي ان قوله ان شاء الله تعالى كما يبطل الكلام الذي قبله كذلك لوقال ان لم يشأ الله تعالى اوقال ما شاء الله تعالى وكذا اذا علق بمشيئة من لا يظهر مشيئته لنا كما اذا قال انت طالق ان شاء الله تعالى اوالجن اوهذا الحائط •

قوله فيكون الاستثناء اي على قول محمد رحمة الله تعالى عليه **قوله** اوذكر الشرط اي على قول ابي يوسف رحمة الله تعالى عليه على اختلاف التخريجين والحكم واحد في قوله انت طالق ان شاء الله تعالى **قوله** والموت ينافى الموجب دون المبطل لان الموجب يقتضي المحل وبالموت يبطل المحل فينافيه والمبطل يلائم الموت في ابطال الموجب فلاينافى الموت المبطل **قوله** بخلاف ما اذا مات الزوج اي بعد قوله انت طالق قبل قوله ان شاء الله وهو يريد الاستثناء حيث يقع الطلاق وانما يعلم ذلك فيما اذا قال قبل الايقاع اني اطلق امرأتي واستثني وذكر في المحيط فعلى قياس مسئلة النوازل قالوا ان من حلف واراد ان يقول في آخره ان شاء الله فسد انسان فمه انه يكون استثناء تأويله اذا ذكر الاستثناء بعد رفع اليد عن فمه متصلا به وقد وجدنا في نوادر هشام انه قال سألت محمدا عمن قال لامرأته انت طالق ثلثا وهو يريد ان يستثني فامسك انسان فمه وحالت بينه وبين الاستثناء قال يلزمه الطلاق فى القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى

والاصل ان الاستثناء تكلم بالحاصل بعد الثنيا هو الصحيح ومعناه انه تكلم بالمستثنى منه اذلا فرق بين قول القائل لفلان علي درهم وبين قوله عشرة الاتسعة فيصح استثناء البعض من الجملة لانه يبقى التكلم بالبعض بعده

قوله والاصل ان الاستثناء تكلم بالحاصل بعد الثنيا اي تكلم بما بقي من المستثنى منه بعد الاستثناء **قوله** هو الصحيح هذا احتراز عن قول بعضهم ان الاستثناء من الاثبات نفي ومن النفي اثبات وهذا ينزع الى ان فى الاستثناء معنى المعارضة وذلك فاسد لما عرف في اصول الفقه **قوله** ومعناه انه تكلم بالمستثنى منه اي بما بقي من المستثنى منه **قوله** استثناء البعض من الجملة اي لما صح ذلك لم يفرق بين ان يكون المستثنى اقل او اكثر خلافا للفراء فانه يقول لايصح استثناء الاكثر لانه لم يتكلم به العرب فلم يصح عنده قوله انت طالق ثلثا الاثنتين لانه استثناء الاكثر وروي عن ابي يوسف رحمه الله ايضا انه لا يصح هذا الاستثناء لان الاستثناء بيان فان من قال جاء نى القوم الافلانا كان بيانا للجائين بطريق الاختصار اذلو اشتغل ببيان من جاء لطال الكلام وهذا انما يتحقق في استثناء القليل من الكل لا في استثناء الكثير منه وفي ظاهر الرواية لافرق لان الاستثناء تكلم بالحاصل بعد الثنيا ولافرق في هذا بين القليل والكثير بل شرط صحته ان يبقى وراء المستثنى شيء ليصير متكلما به واذا قال انت طالق ثلثا الانصف تطليقة قيل على قول ابي يوسف رحمة الله تعالى عليه تطلق ثنتين لان التطليقة كما لا تتجزى فى الايقاع لا تتجزى فى الاستثناء فصار كانه قال الا واحدة وعند محمد رحمة الله تعالى عليه تطلق ثلثا لانه لما استثنى نصف تطليقة صار كلامه عبارة عن تطليقتين ونصف فتطلق ثلثا.

ولا يصح استثناء الكل من الكل لانه لا يبقى بعده شيء يصير متكلما به وصار فا للفظ اليه وانما يصح الاستثناء اذا كان موصولا به كما ذكرنا من قبل واذا ثبت هذا ففى الفصل الاول المستثنى منه ثنتان فيقعان وفى الثاني واحدة فتقع واحدة ولو قال الا ثلثا يقع الثلث لانه استثناء الكل من الكل فلم يصح الاستثناء والله تعالى اعلم بالصواب ٭

قوله ولا يصح استثناء الكل من الكل لانه لا يبقى شيء يصير متكلما به فبقي كلامه الاول كما كان فيقع الثلث وظن بعض اصحابنا رحمهم الله ان استثناء الكل رجوع والرجوع عن الطلاق باطل فلذلك لم يصح وهذا وهم منهم لانه بطل استثناء الكل فى الوصية ايضا مع ان الوصية تحتمل الرجوع فدل ان الطريق ما قلنا ولو قال انت طالق ثلثا الا واحدة وواحدة وواحدة عند ابي حنيفة رحمه الله تطلق ثلثا لانه عطف بعض الكلمات على البعض والعطف للاشتراك وعند ذلك صار مستثنى للكل فكأنه قال الا ثلثا وهو الظاهر من قول ابي يوسف رحمه الله وروي عنه انه يقع واحدة وهو قول زفر رحمه الله لانه لما قال الا واحدة وواحدة كان مستثنى للثنتين فكان صحيحا وانما بطل استثناء الثالثة فقط كذلك فى المبسوط وذكر في زيادات المصنف رح ان استثناء الكل من الكل انما لا يصح اذا كان بعين ذلك اللفظ اي بعين لفظ المستثنى منه واما اذا استثنى بغير ذلك اللفظ يصح وان كان هو استثناء الكل من الكل وكذلك لو قال ثلث مالي لزيد الا الفا وثلث ماله الف صح الاستثناء وذكر فى المحيط والذخيرة وذكر القدوري في شرحه اذا اوقع اكثر من ثلث ثم استثنى كان الاستثناء من جملة الكلام لا من جملة الثلث التي تحكم بوقوعها وروي عن محمد رحمه الله فى النوادر نسائي طوالق الا فلانة وفلانة وفلانة وليس له من النسوة سواهن صح الاستثناء وفى البقالي اذا قال كل امرأة لي طالق الا هذه وليس له غيرها لم تطلق والله تعالى اعلم بالصواب ٭

باب طلاق المريض .

اذا طلق الرجل امرأته في مرض موته طلاقا بائنا فمات وهي فى العدة ورثته وان مات بعد انقضاء العدة فلا ميراث لها وقال الشافعي رح لا ترث فى الوجهين لان الزوجية قد بطلت بهذا العارض وهي السبب ولهذا لا يرثها اذا ماتت ولنا ان الزوجية سبب ارثها في مرض موته والزوج قصد ابطاله فيرد عليه قصده بتأخير عمله الى زمان انقضاء العدة دفعا للضرر عنها

باب طلاق المريض

قوله اذا طلق الرجل امرأته في مرض موته طلاقا بائنا قيد بالبائن لان فى الطلاق الرجعي اذا مات الزوج وهي فى العدة ترث ايضا لكن لا باعتبار الفرار بل باعتبار ان حكم النكاح باق من كل وجه وبمرض الموت لانه اذا طلقها بائنا في صحته او في مرضه ثم صح ثم مات لا ترث وبغير الرضاء لانه اذا كانت برضائها لا ترث وبالموت فى العدة لانه اذا مات بعد انقضاء العدة لا ترث وقال ابن ابي ليلى ترث منه وان مات بعد انقضاء العدة وقال مالك رحمه الله ترث وان مات بعد ما تزوجت بزوج آخر وقال الشافعي رحمه الله لا ترث فى العدة وبعدها وهو القياس لنا اجماع الصحابة رضي الله عنهم بتوريث امرأة الفار وقد صح ان عثمان رضي الله عنه ورث تماضر امرأة عبدالرحمن بن عوف وكان طلقها في مرضه فان قيل لا اجماع فقد قال ابن الزبير في حديث تماضر لوكان الامر الي لما ورثتها قلنا معنى قول ابن الزبير ما ورثتها لجهلي بوجه الاستحسان فتبين انه كان يخفى عليه مالم يخف على عثمان رضي الله تعالى عنه وفي بعض الروايات انها سألته الطلاق فمعنى قوله ما ورثتها لانها سألت الطلاق وبه نقول ولكن توريث عثمان رضي الله عنه اياها بعد سؤال الطلاق دليل على انه كان يورثها قبله وقد قيل هي سألته الطلاق ولكن قال لها اذا طهرت فاذنني فكما طهرت اذنته وبهذا لا يسقط ميراثها *

وقد امكن لان النكاح فى العدة يبقى في حق بعض الآثار فجاز ان يبقى في حق ارثها عنه بخلاف مابعد الانقضاء لانه لا امكان والزوجية في هذه الحالة ليست بسبب لارثه عنها فتبطل في حقه خصوصا اذا رضي به وان طلقها ثلثا بامرها او قال لها اختاري فاختارت نفسها او اختلعت منه ثم مات وهي فى العدة لم ترثه لانها رضيت بابطال حقها والتاخير لحقها وان قالت طلقني للرجعة فطلقها ثلثا ورثته لان الطلاق الرجعي لا يزيل النكاح فلم تكن بسؤالها راضية ببطلان حقها وان قال لها في مرض موته كنت طلقتك ثلثا في صحتي وانقضت عدتك فصدقته ثم اقر لها بدين او اوصى لها بوصية فلها الاقل من ذلك ومن الميراث عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يجوز اقراره ووصيته وان طلقها ثلثا في مرضه بامرها ثم اقر لها بدين اواوصى لها بوصية فلها الاقل من ذلك ومن الميراث في قولهم جميعا الا على قول زفر رحمه الله فان لها جميع ما اوصى وما اقربه لان الميراث لما بطل بسؤالها زال المانع من صحة الاقرار والوصية وجه قولهما فى المسئلة الاولى انهما لما تصادقا على الطلاق وانقضاء العدة صارت اجنبية عنه فانعدمت التهمة الا ترى انه تقبل شهادته لها ويجوز وضع الزكوة فيها وتزوج اختها بخلاف المسئلة الثانية لان العدة باقية وهي سبب التهمة

قوله وقد امكن اي تأخير مملة الى زمان انقضاء العدة **قوله** لان النكاح فى العدة يبقى في حق بعض الآثار اي في حق النفقة والسكنى والمنع عن الخروج والتزوج فيبقى في حق الارث بخلاف مابعد انقضاء العدة لانه لاامكان لان الارث يعتمد النكاح من كل وجه او من وجه وبعد الانقضاء لم يوجد احدهما **قوله** والزوجية في هذه الحالة ليست بسبب لارثه عنها جواب عن قول الخصم ولهذا لا يرثها اذا ماتت اي في حال مرض موت الزوج والزوجية ليست بسبب لارثه عنها لانها صحيحة **قوله** خصوصا اذا رضي به

والحكم يدار على دليل التهمة ولهذا يدار على النكاح والقرابة ولا عدة فى المسئلة الاولى ولابي حنيفة رحمه الله فى المسئلتين ان التهمة قائمة لان المرأة قد تختار الطلاق لينفتح باب الاقرار والوصية عليها فيزيد حقها والزوجان قد يتواضعان على الاقرار بالفرقة وانقضاء العدة ليبرءها الزوج بماله زيادة على ميراثها وهذه التهمة فى الزيادة فرددناها ولا تهمة فى قدر الميراث فصححناه

اي فيما اذا لم يرض الزوج ببطلان حقه وماتت وهي في العدة بان مكنت ابن زوجها لاترث ففيما اذا رضي به وهو ما نحن فيه اولى ان لا ترث *

قوله والحكم يدار على دليل التهمة لان التهمة امر مبطن لا يوقف عليها فادير الحكم على دليلها وهو قيام العدة فوجب تحقيق حكم التهمة عندها **قوله** ولهذا يدار اي ولان الحكم وهو عدم صحة الاقرار والوصية تدار على التهمة يدار هذا الحكم على النكاح والقرابة اي لايجوز وصيته ولا اقراره لمنكوحته ولا لقريبه **قوله** ولاتهمة في قدر الميراث قال بكر رحمه الله ما تأخذه تأخذه بطريق الميراث لابطريق الدين اذ لوكان بطريق الدين لكان التوي على الورثة ما دام شيء من التركة قائما وكذا لو طلبت ان تأخذ دنانير والتركة عروض ليس لها ذلك ولو كان ما تأخذه بطريق الدين لكان لها ذلك ولو ارادت ان تأخذ من عين التركة ولا يعطيها الورثة ليس لها ذلك وتعامل فيه بناء على زعمها لان في زعمها ان ما تأخذه تأخذه بطريق الدين فالحاصل ان الشرع رجح جانب الورثة ان اختاروا ان يعطوها من عين التركة لهم ذلك وان اختاروا ان يعطوها من غير التركة لهم ذلك كذا ذكره الامام التمرتاشي رحمة الله تعالى عليه *

ولا مواضعة عادة في حق الزكوة والتزوج والشهادة فلاتهمة في حق هذه الاحكام
قال رضي الله عنه ومن كان محصورا او في صف القتال وطلق امرأته ثلثالم ترثه وان كان قد بارز رجلا اوقدم ليقتل في قصاص اورجم ورثت ان مات في ذلك الوجه اوقتل واصله مابينا ان امرأة الفار ترث استحسانا وانمايثبت حكم الفرار بتعلق حقها بماله وانمايتعلق بمرض يخاف منه الهلاك غالبا كما اذا كان صاحب الفراش وهوان يكون بحال لا يقوم بحوائجه كما يعتاده الاصحاء وقديثبت بما هوفي معنى المرض في توجه الهلاك الغالب وما يكون الغالب منه السلامة لا يثبت به حكم الفرار فالمحصور والذي في صف القتال الغالب منه السلامة لان الحصن لدفع باس العدو وكذا المنعة فلايثبت به حكم الفرار والذي بارز اوقدم ليقتل الغالب منه الهلاك فيتحقق به الفرار

قوله ولا مواضعة عادة في حق الزكوة والتزوج جواب سؤال وهوان يقال هذه التهمة غيرمعتبرة في الشرع الاترى انه تقبل شهادته لها ويحل وضع الزكوة فيها ولهاان تتزوج في الحال ولواعتبرت التهمة شرعالاعتبرت في حق التزوج اذالحل والحرمة يؤخذفيهمابالاحتياط قلناهذه المواضعة تكون في حق الارث لا في حق هذه الاحكام عادة فاعتبرت هناولم تعتبر ثمه قوله وانمايتعلق بمرض يخاف منه الهلاك غالبا كما اذاكان صاحب الفراش وهوان يكون بحال لايقوم بحوائجه كمايعتاده الاصحاء ثم المرض المعتبران يكون بحال يخشى عليه التلف لانه حينئذيتعلق حقها بماله فلا بانة في هذه الحالة ابطال حقها وقيل ان لا يقوم الا بشدة وقيل ان لايقوم الاان يقيمه انسان وقيل ان لايقدر ان يصلي قائما وقيل ان لايقدر على المشي الاان يتهادى بين اثنين وقيل ان لايقدر على صب ماء من كوز الى كوز ومن يقوم بحوائجه في البيت كالمشي الى الخلا والتوضي بنفسه كالصحيح

ولهذا اخوات تخرج على هذا الحرف وقوله اذامات في هذا الوجه اوقتل دليل على انه
لافرق بين ما اذا مات بذلك السبب اوبسبب آخر كصاحب الفراش بسبب المرض اذاقتل

عند البلخيين وقال البخاريون اذا عجز عن القيام بحوائجه خارج البيت فمريض
وعن ابي يوسف رحمه الله ان كان يخرج الى الصلوة فصحيح والمرأة لاتخرج فان عجزت
عن حوائجها في البيت كصعود السطح ونحوه فمريضة والافلا والمقعد والمفلوج والمسلول
كالصحيح لانه قد يعيش منه كثيرا قال ابن سلمة الاان لايرجى برؤه بالتداوي
وقال الهندواني الاان يكون مرضه بزداد ابدا فان كان يزداد وينقص ان مات بعد ذلك
بسنة فكالصحيح وان مات قبل سنة فمريض وذكر الناطقي تصرفات المسلول
كسائر المرضى الا ان يتطاول وفسر اصحابنا التطاول بالسنة فاذبقي على هذه العلة سنة
فتصرفه بعد سنة كتصرفه حال صحته وذكر الحلوائي عن محمد رحمه الله اذادام المريض
على حاله سنة فحكمه حكم الصحيح واختلف في تفسير الطلق قبل الوجع الذي لايسكن
حتى تموت اوتلد وقيل ان سكن لان الوجع يسكن تارة ويهيج اخرى والاول اوجه
وحد المرض الذي يبيح التوكيل ان لا يقدر على المشي بقدمه ولوكان لايقدر
ولكن يحمل على الدابة او على ظهر انسان فان كان يزداد مرضه بذلك يباح التوكيل
وان لم يزدد اختلفوا ه

قوله ولهذا اخوات تخرج على هذا الحرف وهو ان كل ما يكون الهلاك فيه
غالبا فهو في حكم مرض الموت وكل ما تكون السلامة فيه غالبا لكن قد يخاف
الهلاك منه فهو في حكم الصحة منها راكب السفينة والنازل في المسبعة طلق
امرأته لايكون فارا واما اذا انكسرت السفينة اوتلاطمت الامواج واشتدت الريح اووقع

وا ذا قال الرجل لامرأته وهو صحيح اذا جاء رأس الشهر او اذا دخلت الدار او اذا صلى فلان الظهر او اذا دخل فلان الدار فانت طالق وكانت هذه الاشياء والزوج مريض لم ترث وان كان القول منه في المرض ورثت

في فم سبع فطلق يكون فارا فاذا طلقها في مرضه ثلثا ثم قتل او مات بغير ذلك المرض غير انه لم يصح فلها الارث وقال عيسى بن ابان رحمه الله تعالى لا ارث لها لان مرض الموت ما يكون سببا للموت ولما مات بسبب آخر دل انه ليس بمرض الموت فلم يتعلق حقها بماله يومئذ فصار كما لو طلقها في صحته قلنا الموت اتصل بمرضه حيث لم يصح حتى مات وقد يكون للموت سببان ولم يتبين به ان مرضه لم يكن مرض الموت امة تحت حر عتقت ووهب لها مال فاختارت نفسها وهي مريضة ثم ماتت في العدة ورث زوجها لان الفرقة منها حتى لا تكون طلاقا وكذلك صغيرة زوجها اخوها فبلغت ووطئها زوجها فاختارت نفسها في مرضها فماتت في العدة ورث زوجها لان الفرقة منها حتى لم تكن طلاقا وكذا لو ارتدت في مرضها اوقبلت ابن زوجها ورثها لان الفرقة منها ولو مضت مدة العنين فاختارت الفرقة في مرضها لم يرث زوجها لان الفرقة منه لانه امتنع عن الامساك بالمعروف فناب القاضي منابه في التسريح بالاحسان ولهذا كان طلاقا وكذا لو وجب بعد ما ابانها بعد الدخول فتزوجها فعلمت في مرضها واختارت نفسها وماتت لم يرث زوجها لانه فرقة بالطلاق ٭

قوله واذا قال الرجل لامرأته وهو صحيح اذا جاء رأس الشهر الى قوله فانت طالق اي طالق بائن لان حكم الفرار انما يثبت اذا كان الطلاق بائنا

الا في قوله اذا دخلت الدار وهذا على وجوه اما ان يعلق الطلاق بمجيء الوقت اوبفعل الاجنبي اوبفعل نفسه او بفعل المرأة وكل وجه على وجهين اما ان كان التعليق فى الصحة والشرط فى المرض اوكلاهما فى المرض اما الوجهان الاولان وهوما اذا كان التعليق بمجيء الوقت بان قال اذاجاءرأس الشهرفانت طالق اوبفعل الاجنبي بان قال اذا دخل فلان الدار اوصلى فلان الظهرفان كان التعليق والشرط فى المرض فلها الميراث لان القصد الى الفرارقد تحقق منه بمباشرة التعليق في حال تعلق حقها بماله وان كان التعليق فى الصحة و الشرط فى المرض لم ترث وقال زفر رحمه الله ترث لان المعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط كالمنجز فكان ايقاعا فى المرض ولنا ان التعليق السابق يصير تطليقا عند الشرط حكما لا قصدا ولا ظلم الاعن قصد فلا يرد تصرفه واما الوجه الثالث وهوما اذا علقه بفعل نفسه فسواء كان التعليق فى الصحة والشرط فى المرض اوكانا فى المرض والفعل مما له منه بد اولا بد له منه يصير فارا لوجود قصد الابطال اما بالتعليق او بمباشرة الشرط فى المرض وان لم يكن له من فعل الشرط بد فله من التعليق الف بد فيرد تصرفه دفعا للضرر عنها

قوله الا في قوله اذا دخلت الدار اي الا في فصل واحد وهوما اذا كان التعليق بفعلها الذي لها منه بد **قوله** ولا ظلم الاعن قصد وهذا لانه صفة للفعل والمعلق بالشرط صار مرسلا عند الشرط لا بفعله وقصده ولان التعليق فى الصحة انقلب تطليقا فى المرض والتعليق لم يكن ظلما فلا ينقلب ظلما لان المعتبر حالة التعليق الاترى ان من علق وهومفيق ثم وجد الشرط بعد ما جن تطلق وان لم يكن المجنون من اهل التطليق علم ان المعتبر حالة التعليق **قوله** واما الوجه الثالث وهوما اذا علقه بفعل نفسه فسواء كان التعليق فى الصحة والشرط فى المرض اوكانا فى المرض والفعل مما له بد منه اولا بد له منه فان قيل ينبغي ان لا يصير فارا فى التعليق

واما الوجه الرابع وهوما اذا علقه بفعلها فان كان التعليق والشرط فى المرض والفعل مما لها منه بد ككلام زيد ونحوه لم ترث لانها راضية بذلك وان كان الفعل لا بد لها منه كاكل الطعام وصلوة الظهر وكلام الابوين فلها الميراث لانها مضطرة فى المباشرة لما لها فى الامتناع من خوف الهلاك

بالفعل الذي لا بدله منه اذا كان التعليق فى الصحة لان الفعل اذا كان مما لا بد له منه يصيره مضطرا في مباشرته فلا يصير الفعل ظلما فلا يرث قلنا الاضطرار في جانب الفاعل لا يبطل حق غيره لان حق غيره محترم معصوم وذلك لا يتفاوت بين كون المتلف مختارا وبين كونه مضطرا الاترى ان من اتلف مال الغير نائما او مخطئا او اصابته مخمصة فاكل مال الغير لاستبقاء مهجته فانه يضمن وان لم يوصف فعله بالظلم لما ان بقاء عصمته للغير يكفي لايجاب الضمان اونقول لا تسقط عن فعله صفة العدوان بالنظر الى عصمة المحل ولهذا يضمن فكذا هنا●
قوله واما الوجه الرابع وهوما اذا علقه بفعلها الى قوله والفعل مما لها بد منه ككلام زيد ونحوه لم ترث لانها راضية بذلك لانها بمباشرة الشرط صارت راضية اذ الوجود مضاف الى الشرط فكان الرضاء بالشرط رضاء بالمشروط فان قيل اذا قال احد شريكي العبد لصاحبه ان ضربته فهو حر فضربه يعتق وللضارب ولاية تضمين الحالف ولوكان الرضاء بالشرط رضاء بالمشروط لما كان له ذلك قلنا الارث يثبت بما له شبه العدوان فيبطل بماله شبه بالرضاء ولا كذلك الضمان اونقول مسئلة الاعتاق من قبيل ما لا بد لها منه لان موضوعها في كتاب العتاق فيما اذا كان قال احد الشريكين ان لم اضرب هذا العبد اليوم فهو حر فقال له شريكه ان ضربته سوطا فهو حر فضربه فان الضارب يضمن للحالف وهو مضطر الى اكتساب هذا وفعل الشرط بطريق الاضطرار لا يدل على رضاه بالمشروط ولا كذلك في مسئلتنا فكانت راضية بالمشروط

فى الدنيا اوفى العقبى ولا رضاء مع الاضطرار واما اذا كان التعليق فى الصحة ان كان الفعل مما لها منه بد فلا اشكال انه لاميراث لها وان كان مما لا بد لها منه فكذلك الجواب عند محمد رحمه الله وهو قول زفر لانه لم يوجد من الزوج صُنع بعد تعلق حقها بماله وعند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ترث لان الزوج الجأها الى المباشرة فينتقل الفعل اليه كانها آلة له كما فى الاكراه ٥

قال واذا طلقها ثلثا وهو مريض ثم صح ثم مات لم ترث وقال زفر رحمة الله تعالى عليه ترث لانه قصد الفرار حين اوقع فى المرض وقد مات وهي فى العدة ولكنا نقول المرض اذا تعقبه برء فهو بمنزلة الصحة لانه ينعدم به مرض الموت فتبين انه لاحق لها يتعلق بماله فلا يصير الزوج فارا ولو طلقها فارتدت والعياذ بالله ثم اسلمت ثم مات الزوج من مرضه وهي فى العدة لا ترث وان لم ترتد بل طاوعت ابن زوجها فى الجماع ورثت ووجه الفرق انها بالردة ابطلت اهلية الارث اذ المرتد لا يرث احدا ولا بقاء له بدون الاهلية وبالمطاوعة ما ابطلت الاهلية ٥

قوله فى الدنيا راجع الى اكل الطعام **قوله** اوفى العقبى راجع الى صلوة الظهر **قوله** كانها آلة له كما فى الاكراه لان حد المكره ان يكون مضطرا بين شرين والمرأة كذلك لانها لوباشرت الشرط تتضرر بوقوع الطلاق وان امتنعت تعاقب في دار الآخرة وهذا الاضطرار جاء من الزوج فكانت مكرهة فيضاف فعلها اليه كمن اكره انسانا على اتلاف ماله وهذا لان الاكراه كما يقع بخوف تلف عاجل فكذلك يقع بالتفسيق الاترى ان فعل القاضي في باب القضاء بالشهادة منقول الى الشاهد حتى يكون الضمان عليهم اذا رجعوا لان القاضي يصير ملجئا اليه بشهادتهم لانه يفسق لولم يقض بها فان قيل الضرورة التي توجب نقل الفعل اليه ضرورة حاملة وهذه ضرورة

لان المحرمية لاتنافى الارث وهو الباقي بخلاف ماذاطاوعت في حال قيام النكاح لانها تثبت الفرقة فتكون راضية ببطلان السبب وبعد الطلقات الثلث لاتثبت الحرمة بالمطاوعة لتقدمها عليها فافترقا ومن قذف امرأته وهو صحيح ولاعن فى المرض ورثت وقال محمد رحمه الله لاترث وان كان القذف فى المرض ورثت في قولهم جميعا وهذا ملحق بالتعليق بفعل لا بد لها منه اذهي ملجأة الى الخصومة لدفع عار الزنا عن نفسها وقد بينا الوجه فيه

ما نعة لان غرضه المنع من تحصيل شرط الطلاق قلنا لما ثبتت الضرورة ثبتت به شبهة الفعل وذا كاف لهذا الحكم لثبوته بشبهة العدوان ٥

قوله لان المحرمية لاتنافى الارث وهوالباقي اي الارث لان النكاح باق في هذه الحالة في استحقاق الارث فيكون الباقي هوالارث او سبب الارث فان قيل ينبغي ان لا يرث لانا جعلنا النكاح باقيا حكما في حق الارث والنكاح الباقي حقيقة يبطل بالمحرمية فهذا احق فصاركما لو طاوعت ابن زوجها قبل الطلاق وكالمسئلة الاولى قلنا الردة تنافي نفس الحق وهوالارث لان المرتد لايرث احدا فلم يتصور بقاء النكاح بدون الاهل فاما المحرمية فانما يبطل بها الارث بسبب بطلان النكاح مضافا اليها ولم يوجد لان النكاح قدبطل بالثلث وانما بقي في حق الارث خاصة فما لا ينافى الارث لايعتبرمنافيا في حق ما ثبت فى الارث خاصة و بالمطاوعة في حال قيام النكاح تقع الفرقة مضافة اليها فلا يجب ابقاء النكاح في حق الاستحقاق نظرالها مع رضاها ببطلان السبب **قوله** ومن قذف امرأته وهو صحيح ثم لاعن الى قوله وهذا ملحق بالتعليق بفعل لا بد لها منه ووجهه ان سبب الفرقة قذفه اياها ولكن بشرط اللعان فان القاضي يلاعن بينهما باعتبار القذف ويفرق بينهما وانما يلاعن

وان آلى وهو صحيح ثم بانت بالايلاء وهو مريض لم ترث وان كان الايلاء ايضا في المرض ورثت لان الايلاء في معنى تعليق الطلاق بمضي اربعة اشهر خال عن الوقاع فيكون ملحقا بالتعليق بمجيء الوقت وقد ذكرنا وجهه ٭

قال والطلاق الذي يملك فيه الرجعة ترث به في جميع الوجوه لما بينا انه لا يزيل النكاح حتى يحل الوطئ فكان السبب قائما

قال وكل ما ذكرنا انها ترث انما ترث اذا مات وهي في العدة وقد بيناه والله تعالى اعلم بالصواب ٭

بينهما بطلب المرأة فصار القذف بمنزلة السبب المعلق بشرط يوجد منها وهو مما لا بدلها منه فانها لا تجد بدا من الخصومة لدفع عار الزنا عن نفسها فلم تصر بذلك راضية بسقوط حقها وعند محمد رحمه الله تعالى لم يثبت حكم الفرار لان الطلاق انما يقع بلعانها لانه آخر اللعانين فكان آخر المدارين فان قيل الفرقة انما تقع بقضاء القاضي عندنا فكان القضاء آخر المدارين قلنا اللعان شهادة عندنا على ما يأتي والحكم ابدا يثبت بالشهادة لا بالقضاء **قوله** وان آلى وهو صحيح الى قوله فيكون ملحقا بالتعليق بمجيء الوقت فان قيل الايلاء ليس نظير تعليق الطلاق بمجيء الوقت وان كان الايلاء في الصحة لانه متمكن من ابطال الايلاء بالفيء فاذا لم يبطل في حالة المرض صار كانه انشاء الايلاء في المرض وهناك يرث فكذلك ههنا فكان نظير من وكل وكيلا في صحته بالطلاق فطلقها الوكيل في المرض كان فارا لانه كان متمكنا من العزل فاذا لم يعزل جعل كانه انشاء كذلك ههنا قلنا الفرق بينهما ثابت وهو انه لا يمكنه ابطال الايلاء الا بضرر يلزمه لم يكن متمكنا مطلقا بخلاف مسئلة الوكالة كذا ذكره الامام قاضيخان رحمه الله والله تعالى اعلم بالصواب ٭

باب الرجعة

واذا طلق الرجل امرأته تطليقة رجعية اوتطليقتين فله ان يراجعها في عدتها رضيت بذلك او لم ترض لقوله تعالى فامسكوهن بمعروف من غير فصل ولا بد من قيام العدة لان الرجعة استدامة الملك الاترى انه تعالى سمى امساكا وهو الابقاء وانما تتحقق الاستدامة في العدة لانه لا ملك بعد انقضائها

باب الرجعة

ذكر في المحيط اذا اراد الرجل ان يراجع امرأته فالاحسن ان يراجعها بالقول لا بالفعل لان صحة المراجعة بالقول متفق عليها وبالفعل مختلف فيها

قوله رضيت بذلك او لم ترض لقوله تعالى فامسكوهن بمعروف يعني قوله تعالى واذا طلقتم النساء فبلغن اجلهن فامسكوهن يعني اذا قرب انقضاء عدتهن فامسكوهن من غير فصل بين الرضاء وعدمه اي لم يشترط رضاء المرأة **قوله** الاترى انه تعالى سمى امساكا وهو الابقاء وانما تتحقق الاستدامة في العدة فان قيل كما سمى الله تعالى الرجعة امساكا فكذلك سماها ردا في قوله وبعولتهن احق بردهن وحقيقة الرد لا تكون الا بعد الزوال قلنا لما دل الدليل على بقاء الملك حمل الرد على الحالة الاولى حتى لا تبين بانقضاء العدة لا الاعادة بعد الزوال والدليل على بقاء الملك بعد الطلاق الرجعي انه يملك الاعتياض بالخلع بعد الطلاق الرجعي اجماعا وملك الاعتياض لا يكون الا بعد بقاء اصل الملك وكذلك يملك عليها سائر التصرفات التي كان يملك عليها قبل الطلاق وهو الظهار والايلاء واللعان فدل ذلك على بقاء الملك مطلقا *

والرجعة ان يقول راجعتک اوراجعت امرأتي وهذا صريح في الرجعة ولاخلاف فيه بين الايمة ٭

قال اويطأها اويقبلها او يلمسها بشهوة اوينظر الى فرجها بشهوة وهذا عندنا وقال الشافعي رحمة الله تعالى عليه لاتصح الرجعة الا بالقول مع القدرة عليه لان الرجعة بمنزلة ابتداء النكاح حتى يحرم وطئها وعندنا هواستدامة على ما بيناه وسنقرره ان شاء الله تعالى والفعل قد يقع دلالة على الاستدامة كما في اسقاط الخيار والدلالة فعل يختص بالنكاح وهذه الافاعيل تختص به

قوله والرجعة ان يقول راجعتک اي عند الحضرة اورجعت امرأتي اي في الحضرة والغيبة ومن الفاظ الرجعة راجعتک اي رددتک وامسكتك وقوله انت عندي كما كنت اوانت امرأتي ان نوى الرجعة **قوله** اوينظر الى فرجها بشهوة المراد الفرج الداخل **قوله** وقال الشافعي رحمة الله تعالى عليه لاتصح الرجعة الابالقول مع القدرة عليه بان لم يكن اخرس اومعتقل اللسان وهذا بناء على ان الرجعة عنده استباحة الوطي ورفع الخلل الواقع في الملك فلايكون بالفعل كاصل النكاح والوطي قبل الرجعة حرام فلايكون سببا للحل كما هو اصله وعندنا الرجعة استدامة الملک والفعل المختص بالملک يدل على استدامة الملک كالقول وهونظير الفيء في الايلاء فانه منع للمزيل من ان يعمل بعد انقضاء المدة وذا يحصل بالجماع وكذ اذاباع امته على انه بالخيار ثم وطئها صار مستبقيا للملک بالوطي كذاهنالان الخيار ثبت شرعا ليتدارک ما فرط منه ويتلافى مافات عنه ثم يثبت فعلا **قوله** والدلالة فعل يختص بالنكاح اي يجب ان يكون دلالة الاستدامة التي هي الرجعة فعلا مختصا بالنكاح وهذه الافاعيل وهي الوطئ والتقبيل واللمس بشهوة مختصة بالنكاح فان قيل لانسلم ان هذه الافاعيل

خصوصا في الحرة بخلاف المس والنظر بغير شهوة لانه قد يحل بدون النكاح كما في القابلة والطبيب وغيرهما والنظر الى غير الفرج قد يقع بين المساكنين والزوج يساكنها في العدة فلو كان رجعة لطلقها فتطول العدة عليها ه

قال ويستحب ان يشهد على الرجعة شاهدين وان لم يشهد صحت الرجعة وقال الشافعي رحمه الله في احد قوليه لا تصح وهو قول مالك رحمه الله لقوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم والامر للايجاب ولنا اطلاق النصوص من قيد الاشهاد ولانه استدامة للنكاح والشهادة ليست شرطا فيه في حالة البقاء كما في الفيئ في الايلاء الا انها تستحب لزيادة الاحتياط كيلا يجري التناكر فيها وما تلاه محمول عليه الا ترى انه قرنها بالمفارقة وهو فيها مستحب

مختصة بالنكاح لانها توجد في الامة المملوكة ايضا قلنا ان الملك هو المقصود في الامة وهذه الافعال تابعة في حق المملوكة والتابع معدوم حكما ه

قوله خصوصا في الحرة يعني حل هذه الافاعيل في حق الحرة لا يكون بدون النكاح فاما في حق الامة يكون بالنكاح وبدونه ايضا كالشراء وغيره

قوله وغيرهما كالختانة وكالشاهد على الزنا اذا احتاج الى تحمل الشهادة

قوله ويستحب ان يشهد على الرجعة شاهدين وان لم يشهد صحت الرجعة وقال الشافعي رحمه الله في احد قوليه لا تصح وهو قول مالك رحمه الله وهذا اعجب من مالك رحمه الله فانه لا يجعل الاشهاد في النكاح شرطا ويجعل الاشهاد على الرجعة شرطا كذا في المبسوط **قوله** ولنا اطلاق النصوص فامسكوهن بمعروف وبعولتهن احق بردهن من غير شرط الاشهاد فاشتراطه فيها زيادة على النص وهي نسخ فلا يجوز الا بدليل يصلح له وما تلا لايصلح له لان المراد به الندب بدلالة الاجماع فانه جمع بينهما وبين

ويستحب ان يعلمها كيلا تقع في المعصية واذا انقضت العدة فقال كنت راجعتها في العدة فصدقته فهي رجعة وان كذبته فالقول قولها لانه اخبر عما لا يملك انشاءه في الحال فكان متهما الا ان بالتصديق ترتفع التهمة ولا يمين عليها عند ابي حنيفة رحمه الله وهي مسئلة الاستحلاف في الاشياء الستة وقد مر في كتاب النكاح واذا قال الزوج قد راجعتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتي لم تصح الرجعة عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا تصح الرجعة لانها صادفت العدة اذ هي باقية ظاهرا الى ان تخبر وقد سبقته الرجعة ولهذا لو قال لها طلقتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتي يقع الطلاق ولابي حنيفة رحمه الله انها صادفت حالة الانقضاء لانها امينة في الاخبار عن الانقضاء فاذا اخبرت دل ذلك على سبق الانقضاء واقرب احواله حال قول الزوج ومسئلة الطلاق على الخلاف ولو كانت على الاتفاق فالطلاق يقع باقراره بعد الانقضاء والمراجعة لاتثبت به

المفارقة وامر بالاشهاد عليهما ثم الاشهاد في حق المفارقة مندوب وليس بواجب فكذا في حق الرجعة لاستحالة ان يكون اللفظ الواحد في حالة واحدة شاملا لمعنيين مختلفين ٭ **قوله** ويستحب ان يعلمها كيلا تقع في المعصية فانها ربما تزوج بناء على زعمها ان زوجها لم يراجعها وقد انقضت عدتها ويجامعها الزوج الثاني فيكون هي عاصية وزوجها الذي اوقعها فيها مسيئا بتركه الاعلام ولكن مع ذلك لو لم يعلمها بالرجعة جاز لان الرجعة عندنا استدامة للقائم وليست بانشاء فكانت الرجعة تصرفا في خالص حقه وتصرف الانسان في خالص حقه لا يتوقف على علم الغير كذا في المحيط **قوله** فقالت مجيبة اي على الفور متصلة بقول الزوج **قوله** اذ هي باقية اي العدة باقية الى ان تخبر وقد سبقت الرجعة اخبار المرأة فصحت الرجعة وسقطت العدة وهي حين اخبرت انما اخبرت بالانقضاء بعد سقوط العدة وليس لها ولاية الاخبار بعد سقوط العدة كما

واذا قال زوج الامة بعد انقضاء عدتها قد كنت راجعتها وصدقه المولى وكذبته الامة فالقول قولها عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا القول قول المولى لان بضعها مملوك له فقد اقر بما هو خالص حقه للزوج فشابه الاقرار عليها بالنكاح وهو يقول حكم الرجعة يبتني على العدة والقول في العدة قولها فكذا فيما يبتني عليها ولو كان على القلب فعندهما القول قول المولى وكذا عنده في الصحيح لانها منقضية العدة في الحال وقد ظهر ملك المتعة للمولى فلا يقبل قولها في ابطاله بخلاف الوجه الاول لان المولى بالتصديق في الرجعة مقر بقيام العدة عندها فلا يظهر ملكه مع العدة وان قالت قد انقضت عدتي وقال الزوج والمولى لم تنقض عدتك فالقول قولها لانها امينة في ذلك اذ هي العالمة به واذا انقطع الدم من الحيضة الثالثة لعشرة ايام انقطعت الرجعة وان لم تغتسل وان انقطع لاقل من عشرة ايام لم تنقطع الرجعة حتى تغتسل او يمضي عليها وقت صلوة كامل لان الحيض لامزيد له على العشرة فبمجرد الانقطاع خرجت من الحيض فانقضت العدة وانقطعت الرجعة وفيما دون العشرة يحتمل عود الدم فلا بد من ان يعتضد الانقطاع بحقيقة الاغتسال او بلزوم حكم من احكام الطاهرات بمضي وقت الصلوة بخلاف ما اذا كانت كتابية لانه لا يتوقع في حقها امارة زائدة فاكتفي بالانقطاع

لو سكتت ساعة ثم اخبرت لانها صارت متهمة في الاخبار بالانقضاء بعد رجعة الزوج فلا يقبل خبرها كما لو قال الموكل للوكيل عزلتك فقال الوكيل كنت بعت حيث لا يصدق الوكيل لكونه متهما ولكونه غير قادر على الانشاء فهذا كذلك ولابي حنيفة رحمه الله ان هذه رجعة صادفت حال انقضاء العدة او بعدها فلا يصح وهذا لانها امينة في الاخبار من امر يحتمل لجواز ان يثبت الانقضاء ساعتئذ فلا يقدر ان يخبر قبل ذلك لانه انما يمكنها ان تخبر بعد الانقضاء ومتى قبل قولها عرف ذلك ضرورة ان الانقضاء سابق على كلامها لان صحة

وينقطع اذا تيممت وصلت عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وهذا استحسان وقال محمد رحمه الله اذا تيممت انقطعت وهذا قياس لان التيمم حال عدم الماء طهارة مطلقة حتى يثبت به من الاحكام ما يثبت بالاغتسال فكان بمنزلته ولهما انه ملوث غير مطهر وانما اعتبر طهارة ضرورة

الخبر تقتضي سبق المخبر به بزمان او بازمنة فان كان بازمنة فقد صادفت الرجعة ما بعد الانقضاء وان كان بزمان فقد صادفت حال الانقضاء فلا تصح الرجعة مع انقضاء العدة لان العدة في حال انقضائها لا تكون موجودة مطلقا وشرط الرجعة ان تكون في عدة مطلقة فان قيل لما كان قولها انقضت عدتي مقتضيا سبق الانقضاء كان قول الزوج راجعتك يقتضي سبق الرجعة ايضا فلا تكون الرجعة في حال الانقضاء قلنا قوله راجعتك انشاء وهو اثبات امر لم يكن فلا يستدعي سبق الرجعة وقولها انقضت عدتي اخبار وهو اظهار امر قد كان فيقتضي سبق الانقضاء ضرورة وهذا بخلاف ما لو سكتت ساعة لانها متهمة بالتأخير لان الانقضاء لو كان ثابتا لوجب عليها ان تخبر فلما لم تخبر دل انها كاذبة فلم يقبل قولها ولا يقال مصادفة الرجعة حال انقضاء العدة نادرة لانا نقول ان انقضاء العدة لا بد من ان يوافق حالة فتارة يوافق اكلها وتارة يوافق نومها وتارة قول الزوج راجعتك وانما يصير متهمة اذا فرطت في الاخبار بالتأخير ولا تفريط منها ههنا لانها لا تقدر على الاخبار الا بعد الانقضاء بخلاف الوكيل فانه مفرط بالاخبار لان بيعه كان قبل العزل لا مع العزل ومسئلة الطلاق على الخلاف لا يقع الطلاق عند ابي حنيفة رحمه الله كما لو قال انت طالق مع انقضاء عدتك والاصح انه يقع كما لو قال بعد انقضاء العدة كنت طلقتها في العدة كان مصدقا في ذلك بخلاف الرجعة كذا في المبسوط .

قوله وينقطع اذا تيممت وصلت مكتوبة او تطوعا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وهذا استحسان وقال محمد رحمه الله اذا تيممت انقطعت وهذا قياس لان التيمم عند عدم

ان لا تتضاعف الواجبات وهذه الضرورة تتحقق حال اداء الصلوة لا فيما قبلها من الاوقات

الماء نزل منزلة الاغتسال عند وجود الماء بدليل حل اداء الصلوة لها به وحل دخول المسجد وقراءة القرآن ومس المصحف ولا فرق بين الحكم لجواز صلوة اديت وبين الحكم بجواز الاقدام على مالم يؤد بعد والحكم بسقوط الرجعة يؤخذ فيه بالاحتياط الاترى انها لو اغتسلت وبقيت في بدنها لمعة تنقطع الرجعة عنها احتياطا وان لم يحل لها اداء الصلوة فههنا اولى وكذلك لو اغتسلت بسؤر الحمار ولم تجد غيره تنقطع الرجعة احتياطا وان لم يحل لها اداء الصلوة فههنا اولى ان تنقطع الرجعة وقد حل لها اداء الصلوة ولهما انه طهارة ضرورية لانه تلويث حقيقة وهذا لانه لا يرفع الحدث بيقين حتى لو وجد المتيمم الماء كان محدثا بالحدث السابق وانما جعل لها طهارة حكما ضرورة الحاجة الى اداء الصلوة لانها مخاطبة بادائها ولا تقدر على ادائها الا بالطهارة فامرها الشرع بالتيمم لئلا تتضاعف عليها الواجبات والثابت ضرورة يتقدر بقدرها فكان طهارة في حكم الصلوة وفيما هو من توابعها كدخول المسجد ومس المصحف وقراءة القرآن ولا ضرورة في حكم الرجعة فكان التيمم في حقها عند عدم الماء كالتيمم عند وجوده ولكنه اذا فرغ من الصلوة فقد حكمنا بالطهارة ضرورة الحكم بصحة الصلوة وصحة الصلوة تثبت مطلقا لا ضرورة فظهرت في حق سقوط الفرض عن ذمتها وفي حق انقطاع الرجعة لانه من لوازمه وقبل اداء الصلوة ما حكمنا بحكم في حقها لان حل الاقدام على الصلوة في حقها مترقب لان كون التيمم طهارة مترقب لترقب في شرطه وهو عدم الماء الى ان يفرغ من الصلوة وان عدمت الماء الى ان تفرغ من الصلوة تبين ان الطهارة ثابتة في حقها والحكم بالطهارة ثابت فان وجدت الماء قبل ذلك تبين ان الطهارة ليست بثابتة في حقها لفقد شرطه فلا يكون الحكم باباحة الصلوة ثابتة قبله ولهذا تستقبل الصلوة اذا وجدت الماء في خلالها وهذا بخلاف ما اذا بقي على بدنها لمعة لان قطع الرجعة هناك

والاحكام الثابتة ايضا ضرورية اقتضائية ثم قيل ينقطع بنفس الشروع عندهما وقيل بعد الفراغ ليتقرر حكم جواز الصلوة واذا اغتسلت ونسيت شيئا من بدنها لم يصبه الماء فان كان عضوا فما فوقه لم تنقطع الرجعة

لتوهم وصول الماء الى ذلك الموضع وسرعة الجفاف فكان طهارة قوية في نفسها والاغتسال بسؤر الحمار كذلك فانه طهارة قوية لكونها اغتسالا بالماء ولكنها تؤمر بضم التيمم الى ذلك في حكم حل الصلوة احتياطا لاشتباه الادلة في طهارة الماء وقد كان الاصل فيه الطهارة ولهذا لو اغتسلت به مع وجود ماء آخر تنقطع الرجعة ايضا لكونها طهارة قوية ثم قيل تنقطع الرجعة بنفس الشروع عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله والصحيح ان الرجعة لا تنقطع عندهما مالم تفرغ من الصلوة لان الحال بعد شروعها في الصلوة كالحال قبله الا ترى انها اذا رأت الماء بطل تيممها بخلاف ما بعد الفراغ من الصلوة فانها وان رأت الماء بقيت الصلوة مجزية فيتوقف الانقطاع على الفراغ ليتقرر الحكم بجواز الصلوة وههنا نكتة معروفة وهي ان التيمم عند محمد رحمه الله خلف عن طهارة الوضوء فيكون طهارة ضرورية ولهذا لا يصح اقتداء المتوضئ بالمتيمم عنده وههنا ترك اصله فجعلها طهارة مطلقة حتى قال تنقطع بها الرجعة بمنزلة الاغتسال وعندهما التراب خلف عن الوضوء فتحصل الطهارة مطلقة حتى جاز اقتداء المتوضئ بالمتيمم عندهما وههنا جعلاها ضرورية حتى قالا لا تنقطع الرجعة قبل الفراغ من الصلوة فالحاصل ان محمدا رحمه الله اخذ بالاحتياط في الموضعين جميعا وهما جعلاها في حق الصلوة طهارة مطلقة اذ الآية وردت في الصلوة وشرع التيمم للتمكن من الصلوة وفي حق غيرها عملا بحقيقة التلويث وهو ضد التطهير فكان طهارة ضرورية *

قوله والاحكام الثابتة ايضا ضرورية وهي حل قراءة القرآن ومس المصحف ودخول المسجد لان هذه الاحكام من توابع الصلوة اذ حل الصلوة تقتضي حل دخول المسجد وحل قراءة

وان كان اقل من عضوا نقطعت قال رضي الله تعالى عنه وهذا استحسان والقياس في العضو الكامل ان لا تبقى الرجعة لانها غسلت الاكثروا لقياس فيما دون العضوان تبقى لان حكم الجنابة والحيض لا يتجزى ووجه الاستحسان وهو الفرق ان مادون العضو يتسارع اليه الجفاف لقلته فلا يتيقن بعدم وصول الماء اليه فقلنا تنقطع الرجعة ولا يحل لها التزوج اخذا بالاحتياط فيهما بخلاف العضو الكامل لانه لا يتسارع اليه الجفاف ولا يغفل عنه عادة فافترقا وعن ابي يوسف رحمه الله تعالى ان ترك المضمضة والاستنشاق كترك عضو كامل وعنه وهو قول محمد رحمة الله تعالى عليه هو بمنزلة مادون العضو لان في فرضيته اختلافا بخلاف غيره من الاعضاء

ومن طلق امرأته وهي حامل اوولدت منه وقال لم اجامعها فله الرجعة لان الحبل متى ظهر في مدة يتصور ان يكون منه جعل منه لقوله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش وذلك دليل الوطئ وكذا اذا ثبت نسب الولد منه جعل واطئا واذا ثبت الوطئ تأكد الملك والطلاق في ملك متأكد يعقب الرجعة وبطل زعمه بتكذيب الشرع الاترى انه يثبت بهذا الوطئ الاحصان فلان تثبت بها الرجعة اولى وتاويل مسئلة الولادة ان تلد قبل الطلاق لانها لو ولدت بعده تنقضي العدة بالولادة فلا تتصور الرجعة

القرآن وحل مس المصحف فكان هذا جوابا عن حرف الخصم بقوله حتى يثبت به من الاحكام ما يثبت بالاغتسال فكان بمنزلته •

قوله وان كان اقل من عضو نحو الاصبع مثلا كذا في المحيط **قوله** فلا يتيقن بعدم وصول الماء اليه حتى لو تيقنت بعدم وصول الماء اليه بان منعت منها قصدا لا تنقطع الرجعة كذا في المحيط **قوله** وعنه وهو قول محمد رحمه الله وهو بمنزلة مادون العضو لان في فرضيته اختلافا فان عند الشافعي رحمه الله المضمضة والاستنشاق سنتان في الوضوء والجنابة وفي المحيط فان كان الباقي احد المنخرين فالرجعة باقية بالاتفاق **قوله** ومن طلق امرأته وهي حامل اوولدت

فان خلا بها واغلق با با اوارخى سترا وقال لم اجامعها ثم طلقها لم يملك الرجعة لان تأكد الملك بالوطئ وقد اقر بعدمه فيصدق في حق نفسه والرجعة حقه ولم يصر مكذبا شرعا لان تأكد المهر المسمى يبتني على تسليم المبدل لا على القبض بخلاف الفصل الاول فان راجعها معناه بعد ما خلا بها وقال لم اجامعها ثم جاءت بولد لاقل من سنتين بيوم صحت تلك الرجعة لانه يثبت النسب منه اذ هي لم تقر بانقضاء العدة والولد يبقى في البطن هذه المدة

منه وقال لم اجامعها فله الرجعة الى قوله وبطل زعمه بتكذيب الشرع الاترى انه ثبت بهذا الوطئ الاحصان اي في حق الرجم مع انه يندرئ بالشبهات فان قيل وجب ان لا يكون له حق الرجعة لان الرجعة حق مستحق له وقد انكر ثبوتها له اقصى ما في الباب انه صار مكذبا شرعا حكما لثبات النسب منه لكن لا يلزم من كونه مكذبا شرعا بقاء ما كان حقا له وصار هذا الرجل كمن اقر بعين لانسان ثم اشتراها ثم استحق من يده ثم وصلت اليه يوما من الدهر امر بالتسليم الى المقر له وان صار مكذبا شرعا قلنا لم يتعلق باقراره هنا حق الغير والموجب لحق الرجعة ثابت وهو الطلاق بعد الدخول فوجب ان يكون له حق الرجعة بخلاف الاقرار فانه تعلق به حق الغرماء وان صار المقر مكذبا شرعا فان قيل لم اجامعها صريح في عدم الجماع ودلالة ثبوت النسب لم يكن صريحا في وجود الجماع والصريح اذا اجتمع مع غير الصريح فالصريح اولى قلنا الدلالة من الشارع اقوى من التصريح الصادر من العبد لاحتمال الكذب عن العبد وعدم احتماله من الشارع ٭

قوله فان خلا بها واغلق با با او ارخى سترا في الفوائد الظهيرية ذكر ههنا اي في الجامع الصغير اغلق با با وارخى سترا بالواو وفي كتاب الطلاق قال اوارخى سترا باو وهو الصحيح

فانزل واطئاقبل الطلاق دون ما بعده لان على الاعتبار الثاني يزول الملك بنفس الطلاق لعدم الوطئ قبل فيحرم الوطئ والمسلم لا يفعل الحرام فان قال لها اذا ولدت فانت طالق فولدت ثم اتت بولد آخر فهي رجعة معناه من بطن آخر وهو ان يكون بعد ستة اشهر وان كان اكثر من سنتين اذا لم تقر بانقضاء العدة لانه وقع الطلاق عليها بالولد الاول ووجبت العدة فيكون الولد الثاني من علوق حادث منه في العدة لانها لم تقر بانقضاء العدة فيصير مراجعا وان قال كلما ولدت ولدا فانت طالق فولدت ثلثة اولاد في بطون مختلفة فالولد الاول طلاق والولد الثاني رجعة وكذا الثالث لانها اذا جاءت بالاول وقع الطلاق وصارت معتدة وبالثاني صار مراجعا لما بينا انه جعل العلوق بوطئ حادث في العدة ويقع الطلاق الثاني بولادة الولد الثاني لان اليمين معقودة بكلمة كلما ووجبت العدة

قوله فانزل واطئاقبل الطلاق دون ما بعده لان على الاعتبار الثاني وهو جعله واطئا بعد الطلاق يزول الملك بنفس الطلاق لعدم الوطئ قبله فيحرم الوطي والمسلم لايفعل الحرام وعلى اعتبار الاول وان صار كاذبا والكذب حرام ايضا الا انه اهون من الزنا **قوله** فيكون الولد الثاني من علوق حادث ضرورة لان الولد لا يبقى في البطن لاكثر من سنتين فيكون من زوجها اذ لا يظن بها ارتكاب الزنا فكان رجعة ضرورة واما اذا ولدت لاقل من سنتين فلان العلوق حادث والحادث يضاف الى اقرب الزمان اذا امكن وقد امكن اذا تخلل بين الولادتين ستة اشهر فصاعدا وذكر في كتاب الدعوى ان المطلقة طلاقا رجعيا اذا ولدت لاقل من سنتين بيوم لا يكون رجعة وان ولدت لاكثر من سنتين يكون رجعة لانها اذا ولدت لاقل من سنتين احتمل العلوق بعد الطلاق فكان رجعة واحتمل العلوق قبل الطلاق فلم يكن رجعة فلا تثبت الرجعة بالشك اما ههنا فقد سقط اعتبار هذا الاحتمال

وبالولد الثالث صار مراجعا لما ذكرنا وتقع الطلقة الثالثة بولادة الثالث ووجبت العدة بالاقراء لانها حائل من ذوات الحيض حين وقع الطلاق والمطلقة الرجعية تتشوق وتتزين لانها حلال للزوج اذ النكاح قائم بينهما ثم الرجعة مستحبة والتزين له حامل عليها فيكون مشروعا ويستحب لزوجها ان لايدخل عليها حتى يؤذنها او يسمعها خفق نعليه معناه اذا لم يكن من قصده المراجعة لانها ربما تكون متجردة فيقع بصره على موضع يصير به مراجعا ثم يطلقها فتطول العدة عليها وليس له ان يسافربها حتى يشهد على رجعتها وقال زفر رحمه الله تعالى عليه له ذلك لقيام النكاح ولهذا له ان يغشاها عندنا ولنا قوله تعالى

لانها ولدت ولدين فلولم يجعل الولد الثاني من علوق حادث لصار مع الولد الاول بطنا واحدا والاتحاد لايثبت بالشك اذا كان بين الولدين ستة اشهر فصاعدا فصار الولد الثاني من علوق حادث بعد الطلاق فكان رجعة*

قوله وبالولد الثالث صار مراجعا لما ذكرنا وهوانه يجعل العلوق بوطئ حادث فى العدة فان قيل بعد كل ولد نفاس فالقول بالمراجعة بعده حمل فعلهما على الحرام لان الوطئ فى النفاس حرام قلنا لا يلتفت الى هذا رعاية للنسب لان النسب مما يحتاط في اثباته والنفاس قديوجد وقدلا يوجد وقديقل وقد يكثرفلا تيقن بارتكاب الحرام ولوولدت ثلثة اولاد في بطن واحد والمسئلة بحالها فانها تطلق ثنتين وانقضت العدة بالولد الثالث لان علوق الكل دفعة واحدة فلاحاجة الى القول بالرجعة فاذاولدت الاول وقعت واحدة ووجبت العدة واذاولدت الولد الثاني وهي معتدة يقع آخرواذا ولدت الولد الثالث تنقضى العدة بوضع الحمل لانه لاولد فى البطن والطلاق لايقع مع انقضاء العدة

ولاتخرجوهن من بيوتهن الآيه ولان تراخي عمل المبطل لحاجته الى المراجعة فاذا لم يراجعها حتى انقضت العدة ظهر انه لا حاجة فتبين ان المبطل عمل عمله من وقت وجوده ولهذا يحتسب الاقراء من العدة فلم يملك الزوج الاخراج الا ان يشهد على رجعتها فتبطل العدة و يتقرر ملك الزوج وقوله حتى يشهد على رجعتها معناه الاستحباب على ما قدمناه والطلاق الرجعي لا يحرم الوطئ وقال الشافعي رحمه الله يحرمه لان الزوجية زائلة لوجود القاطع وهو الطلاق ولنا انها قائمة حتى يملك مراجعتها من غير رضاها لان حق الرجعة ثبت نظرا للزوج ليمكنه التدارك عند اعتراض الندم وهذا المعنى

قوله لاتخرجوهن الآيه نزلت في المعتدات من الطلاق الرجعي بدليل سياقها ياايها النبي اذا طلقتم النساء ثم قال لا تخرجوهن وصريح الطلاق رجعي فان قيل الرجعة تصح بدلالة فعل يختص بالنكاح فلم لا يكون اخراجها للمسافرة رجعة بل هو دليل الرجعة لان الظاهر من حال المسلم ان لا يرتكب المنهي عنه واخراجها من بيتها بدون الرجعة منهي عنه قلنا المسافرة لا تكون اعلى من السكون معها في منزل واحد وذا لا يكون دليل الرجعة نعم الظاهر من حال المسلم الاجتناب عن المحرم لكن اذا كان ذلك ظاهرا لا يخفى عليه والنهي عن الاخراج في العدة مما يخفى على بعض العلماء فضلا عن العوام على ان الكلام في رجل ينادي باعلى صوته انه لا يراجعها ولا عبرة للدلالة مع الصريح بخلافه **قوله** ولهذا يحتسب الاقراء من العدة ولو اقتصر الزوال على الانقضاء لوجبت العدة بالاقراء بعد ذلك لان العدة لا يجب الانقضاء لحق نكاح انقطع فلو جوزنا المسافرة معها تبين بعد الانقضاء ان الطلاق كان عاملا زمان الوقوع وكان المسافرة مع الاجنبية فكان حال انقطاعه لا حال بقائه كما زعم زفر رحمة الله تعالى عليه **قوله** والطلاق الرجعي

يوجب استبداده به وذلك يؤذن بكونه استدامة لا انشاء اذ الدليل ينافيه والقاطع آخر عمله الى مدة اجماعا ونظراله على ماتقدم والله تعالى أعلم بالصواب •

لا يحرم الوطئ حتى لو وطئها لا يغرم العقر وقال الشافعي رحمة الله تعالى عليه يحرمه حتى يغرم العقره

قوله يوجب استبداده به يعني ثبوت حق الرجعة للزوج بعد الطلاق لتمكنه التدارك عند الندم يوجب استبداد الزوج بذلك التدارك واستبداد الزوج بذلك الحق يشعر بكون ذلك الحق استدامة للنكاح الاول لا انشاء للنكاح الجديد اذا الدليل ينافي انشاء النكاح منها بدون رضاها لان القياس يأتي جواز نكاح الحرة وان كان برضاها الا انه ثبت بالنص فعند عدم الرضاء بقي على اصل القياس والقاطع تأخر عمله اجماعا بدليل انه يملك عليها الايلاء والظهار ويجري الميراث بينهما ولهذا سمي الله تعالى الزوج بعلا والبعل هو الزوج والزوجية تثبت الحل قال الله تعالى الا على ازواجهم **قوله** والقاطع آخر عمله الى مدة اجماعا جواب عن قول الخصم وهو قوله الزوجية زائلة لوجود القاطع وهو الطلاق نقول نعم وجد القاطع ولكن آخر عمل القاطع الى انقضاء العدة اجماعا فان عند الشافعي رحمه الله تثبت الرجعة بالقول بدون رضاء المرأة كما هو قولنا وملك الرجعة عليها من غير رضاها يدل على أن النكاح قائم اذ لو زال لكانت الرجعة اثباتا للملك عليها ابتداء واحد لا يملك ابتداء النكاح على الاجنبية الا برضاها وكذا من غير مهر ومن غير ولي عنده وكذا بغير شهود **قوله** ونظراله للزوج اي على اعتبار الخلاف **قوله** على ماتقدم وهو قوله لان حق الرجعة يثبت نظرا للزوج والله تعالى اعلم بالصواب •

فصل فيما تحل به المطلقة

واذا كان الطلاق بائنا دون الثلث فله ان يتزوجها في العدة وبعد انقضائها لان حل المحلية باق لان زواله معلق بالطلقة الثالثة فينعدم قبله ومنع الغير في العدة لاشتباه النسب ولا اشتباه في اطلاقه وان كان الطلاق ثلثا في الحرة اوثنتين في الامة لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره نكاحا صحيحا ويدخل بها ثم يطلقها او يموت عنها والاصل فيه قوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره فالمراد الطلقة الثالثة والثنتان في حق الامة كالثلث في حق الحرة لان الرق منصف لحل المحلية على ما عرف ثم الغاية نكاح الزوج مطلقا

فصل فيما تحل به المطلقة

قوله لان حل المحلية باق المعنى من حل المحلية كونها انثى من بني آدم ليست من المحرمات وهو موجود ههنا **قوله** ومنع الغير جواب سؤال مقدر بان يقال ان الله تعالى لم يجوز نكاح المعتدة مطلقا بقوله تعالى ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب اجله فاجاب بقوله انما كان ذلك لاشتباه النسب والتعليل باشتباه النسب هو بيان الحكمة فيه لا بيان العلة لوجود التخلف فيه فانه لوطلق الصغيرة او الآئسة تجب العدة ومنع الغير عن تزوجهما في العدة وان لم يكن فيه اشتباه النسب وكذلك لا يجوز تجويز المعتدة من الصبي وان لم يكن فيه اشتباه النسب لانه لا يثبت النسب منه **قوله** لان الرق منصف لحل المحلية على ما عرف الرق منصف للعقوبة لقوله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب فيكون منصفا للنعمة اذ لولا ذلك لكملت النعمة فتمت الجناية وغلظت فكملت عقوبتها

والزوجية المطلقة انما تثبت بنكاح صحيح وشرط الدخول ثبت باشارة النص وهوان يحمل النكاح على الوطي حملا للكلام على الافادة دون الاعادة اذ العقد استفيد باطلاق اسم الزوج اويزاد على النص بالحديث المشهور وهوقوله عليه السلام لاتحل للاول حتى تذوق عسيلته الآخر روي بروايات ولاخلاف لاحد فيه سوى سعيدبن المسيب رض وقوله غيرمعتبر حتى لوقضى به القاضي لا ينفذ والشرط الايلاج دون الانزال لانه كمال ومبالغة فيه والكمال قيد والصبي المراهق في التحليل كالبالغ لوجود الدخول في نكاح صحيح وهوالشرط بالنص ومالك رح يخالفنا فيه

قوله والزوجية المطلقة انما تثبت بنكاح صحيح لان الوطي يحرم في الفاسد ويجب التفريق ولا يجب المهرقبل الوطي ولهذا لوحلف لا يتزوج فتزوج امرأة نكاحا فاسدا لا يحنث **قوله** حملا للكلام على الافادة النكاح يذكر للعقد ويذكر للوطي وهواصله وقداريد به الوطي هنا ليكون الكلام محمولا على الافادة لا على الاعادة اذا لعقد مستفاد من اسم الزوج فان قيل جازان يسمى زوجا لانه يعرض ان يصير زوجا قلنا الاصل في الكلام هوالحقيقة ولا يعدل عنها بلاضرورة فان قيل قدتحققت الضرورة وهي اضافته الى المرأة لا نها لا تكون واطئة وانماتكون موطوءة قلنا اضافة الوطي الى المرأة تجوز مجازا باعتبار التمكن كما في قوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا فلوحمل على الوطي لكان فيه مجاز واحد واعمال للفظ النكاح والزوج على الحقيقة ولوحمل على العقد لكان فيه مجازان والاول اولى اونقول ماقلنا اولى لان فيه مجازاوافادة وفيماقلتم مجازواعادة **قوله** بروايات روي بلفظ الخطاب حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك وفي رواية من عسيلته ومن عسيلتك وفي رواية حتى يذوق عسيلته الى آخره بلفظ الغيبة **قوله** والشرط الايلاج لان الذوق تحصل بالايلاج والانزال شبع فلا يشترط **قوله** والكمال قيد اي الحديث المشهور

والحجة عليه ما بيناه وفسره في الجامع الصغير وقال غلام لم يبلغ ومثله يجامع جامع امرأته وجب عليها الغسل واحلها للزوج الاول ومعنى هذا الكلام ان تتحرك آلته ويشتهي وانما وجب الغسل عليها لالتقاء الختانين وهو سبب لنزول مائها والحاجة الى الايجاب في حقها اما لا غسل على الصبي وان كان يؤمر به تخلقا ٠

قال ووطئ المولى امته لا يحلها لان الغاية نكاح الزوج واذا تزوجها بشرط التحليل فالنكاح مكروه لقوله صلى الله عليه وسلم لعن الله المحلل والمحلل له وهذا هو محمله فان طلقها بعد ما وطئها حلت للاول لوجود الدخول في نكاح صحيح اذ النكاح لا يبطل بالشرط وعن ابي يوسف رح انه يفسد النكاح لانه في معنى الموقت فيه ولا يحلها على الاول لفساده وعن محمد انه يصح النكاح لما بينا ولا يحلها للاول لانه استعجل ما اخره الشرع فيجازى بمنع مقصوده كما في قتل المورث

شرط الدخول وهو عبارة عن الايلاج فحسب فكان اشتراط الانزال في الايلاج زيادة قيد على الدخول المطلق والمطلق ينصرف الى الكامل في الماهية فلا يتوقف الحكم المرتب على الامر الكامل الى زيادة وصف لا دلالة له في اللفظ عليه لانه يجري مجرى النسخ ٠

قوله والحجة عليه ما بينا وهو قوله لوجود الدخول في نكاح صحيح وقوله وفسره في الجامع الصغير فقال غلام لم يبلغ ومثله يجامع معناه ان تتحرك آلته ويشتهي وهذا لان في الحديث ذكر الذوق من الطرفين وهذا انما يتحقق في المراهق الذي يشتهي والاولى ان يكون المحلل حرا بالغا قال الامام قاضيخان وثبوت الحل للزوج الاول بوطئ الصبي مذهبنا يثبت الحل بوطئ الزوج الثاني سواء كان صبيا او مجنونا او حرا او مملوكا وقال الحسن البصري لا يحلها جماع الصبي لان عنده التحليل لا يتم بدون الانزال وعند مالك والشافعي رح لا يتم التحليل الا بجماع من كان من اهل الماء **قوله** واذا تزوجها

واذا طلق الحرة تطليقة اوتطليقتين وانقضت عدتها وتزوجت بزوج آخر ثم عادت الى الزوج الاول عادت بثلث تطليقات ويهدم الزوج الثاني الطلاقين كمايهدم الثلث وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لايهدم مادون الثلث لانه غاية للحرمة بالنص فيكون منهيا ولاانهاء للحرمة قبل الثبوت ولهما قوله صلى الله عليه وسلم لعن الله المحلل والمحلل له سماه محللا وهو المثبت للحل

بشرط التحليل بان قال تزوجتك على ان احللك اوقالت المرأة ذلك اما لواضمرا ذلك في قلبهما فانه يصح العقد ويحل للاول عند عامة العلماء وقال مالك رحمه الله لايصح وذكر الامام التمرتاشي لوخافت المرأة ان لايطلقها المحلل فيقول زوجت نفسي منك على ان امري بيدي اطلق نفسي كلما اريد فيقول الرجل قبلت جاز النكاح وصار الامر في يدها وفي التفاريق لوادعت دخول المحلل صدقت وان انكر هو وكذا على العكس *

قوله واذا طلق الحرة تطليقة اوتطليقتين الى ان قال وقال محمد رحمه الله لايهدم مادون الثلث لانه غاية للحرمة بالنص فيكون منهيا ولاانهاء للحرمة قبل الثبوت الزوج الثاني غاية للحرمة الحاصلة بالثلث بالنص قال الله تعالى فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره وكلمة حتى للغاية ولم تثبت تلك الحرمة بالطلقة والطلقتين لانها متعلقة بالثلث وبعض اركان العلة لايثبت شيء من الحكم فلم يكن الزوج الثاني غاية اذ غاية الحرمة قبل ثبوتها محال الاترى انه لوقال اذاجاء رأس الشهر فوالله لا اكلم فلانا حتى استشير فلانا ثم استشاره قبل مجيء رأس الشهرلايعتبر هذا لان الاستشارة غاية للحرمة الثابتة باليمين فلا يعتبر قبل اليمين فاذا لم يعتبر كان وجودها كعدمها ولوتزوجها قبل الزوج اوقبل اصابة الزوج الثاني كانت عنده بمابقي من التطليقات فكذلك هنا وابوحنيفة وابويوسف رح قالا اصابة الزوج الثاني بنكاح صحيح تلحق المطلقة بالاجنبية

واذا طلقها ثلثا فقالت قدانقضت عدتي وتزوجت و دخل بي الزوج وطلقني وانقضت

في الحكم المختص بالطلاق كما بعد التطليقات الثلث وبيان هذا ان بالتطليقات الثلث تصير محرمة ومطلقة ثم باصابة الزوج الثاني يرتفع الوصفان جميعا وتلحق بالاجنبية التي لم يتزوجها فبالتطليقة الواحدة تصير موصوفة بانها مطلقة فيرتفع ذلك باصابة الزوج الثاني ثم الدليل على ان الزوج الثاني رافع للحرمة وموجب للحل قوله عليه السلام لعن الله المحلل والمحلل له والمحلل من يثبت الحل كالمسود من يثبت السواد فان قيل انما يثبت كونه محللا بهذا النص عند استحقاق اللعن فكيف يثبت التحليل عند عدمه قلنا لما ثبت التحليل مع استحقاق اللعن فلان يثبت التحليل عند عدمه اولى على ان التحليل من حيث انه زوج واستحقاق اللعن ليس بهذا الاعتبار بل بامر آخر ولما كان محللا وجب ان يكون مفيد الحل لايزول الابثلث تطليقات فكذا في المتنازع فيه اونقول لما كان مفيد الاصل الحل فلان يكون مكملا للحل اولى لان اثبات الوصف ايسر من اثبات الاصل ولاذلک الايهدم الطلقة والطلقتين فان قيل الزوج الثاني غاية للحرمة بكتاب الله تعالى فمتى جعلناه مثبتا للحل مطلقا يلزم تغير قضية الكتاب ومتى جعلناه غاية للحرمة يكون عملا بحقيقة الكتاب وبمجاز الخبر وهذا اولى من العمل بحقيقة الخبر وبمجاز الكتاب قلنا نحن نعمل بحقيقتهما لان الكتاب جعله غاية ونحن جعلناه غاية والخبر جعله محللا والكتاب ساكت عنه فجعلناه محللا فكان هنا عملا بحقيقتهما وانتم فان عملتم بحقيقة الكتاب وبمجاز الخبر فكان ما ذهبنا اليه اولى فان قيل جعله محللا يخل بمعنى الغاية لان غاية الشيء بمنزلة ماينتهي به الشيء من غيران يكون مؤثرا في شيء ومثبتا لشيء قلنا لامنافاة بينهما لان الشيء كما ينتهي بمضي الوقت

عدتي والمدة تحتمل ذلك جاز للزوج ان يصدقها اذا كان في غالب ظنه انها صادقة

ينتهي بوجود ضده كالصوم ينتهي بمجيء الليل وكذا بوجود ضده وهو الاكل وكذا الحيوة تنتهي بوجود ضده وهو الموت وكذا الرق ينتهي بوجود ضده وهو العتق فكذا الحرمة هنا ينتهي بوجود الزوج الثاني لانه يوجب ضدها وهو الحل وهذا لان الشيء قد يكون غاية بصورته وقد يكون غاية بمعناه فجعلناه غاية بمعناه لانه يثبت الحل به وهذا كالنص المحلل اذا ورد لم يبق النص المحرم لا لان النص المحلل رافع للنص المحرم لان هذا بدأ على الله تعالى ولكن تبين به ان النص المحرم يوقت الى هذا الوقت فكان غاية بمعناه لانه يثبت ضده وهو الحل فكذا هنا يدل عليه قوله تعالى حتى تغتسلوا ولا شك ان الاغتسال كما ينتهي به الحدث تثبت به الطهارة الجديدة فان قيل الزوج الثاني انما صار محللا للحاجة ولا حاجة هنا وكان بمنزلة المعذور اذا توضأ في آخر وقت الظهر بعد ما صلى الظهر وانقطع الدم ينتقض وضوءه بالسيلان في وقت العصر لعدم حاجته الى تلك الطهارة قلنا انما يستقيم هذا ان لو كان كونه مثبتا للحل لمكان الحاجة وليس كذلك الا ترى انه لو تزوجها على قصد ان لا يطلقها ابدا او لم يكن من قصد الاول ان يراجعها ابدا يثبت الحل بخلاف طهارة صاحب العذر فانها شرعت للحاجة وهذه مسئلة اختلف فيها اصحاب النبي عليه السلام ما قاله ابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله قول ابن عباس وابن عمر وابراهيم النخعي واصحاب عبد الله بن مسعود رضي الله عنهم وما قاله محمد وزفر والشافعي رحمهم الله قول عمر وعلي وابي بن كعب وعمران بن حصين وابي هريرة رضي الله عنهم فاخذ الشبان بقول المشايخ من الصحابة والمشايخ من الفقهاء بقول الشبان من الصحابة كذا في المبسوط

لانها معاملة او مردينى لتعلق الحل به وقول الواحد فيهما مقبول وهو غير مستنكر اذا كانت المدة تحتمله واختلفوا في ادنى هذه المدة وسنبينها في باب العدة ان شاء الله تعالى والله تعالى اعلم بالصواب *

قوله لانها معاملة اي النكاح معاملة وفي المعاملات يعتبر خبر كل مميز لعموم الضرورة الداعية الى سقوط سائر الشرائط كالوكالات والمضاربات والاذن في التجارة **قوله** او مردينى لتعلق الحل به لان الحل حق الشرع فيقبل قول الواحد كما في خبر نجاسة الماء وطهارته اور وت حديثا **قوله** وسنبينها في باب العدة وعدو لم يذكرها في باب العدة وادنى هذه المدة عند ابي حنيفه رحمه الله شهران ان اقرت بالمضي بالاقراء وعندهما تسعة وثلثون يوما كانه طلقها في آخر الطهر وحيضها ثلثة وطهرها خمسة عشر يوما فتمضي عدتها بطهرين ثلثين يوما وثلثة اقراء تسعة ايام للامكان وقيل على قياس قول ابي يوسف رح تصدق في سبعة وثلثين يوما ونصف واربع ساعات لان اقل الحيض عنده يومان واكثر اليوم الثلث فيجعل كل حيض يومين ونصف يوم وساعة فذلك سبعة ونصف وثلث ساعات وساعة للاخبار والاغتسال ولابي حنيفة رحمه الله على ماذكره محمد رحمه الله ان يجعل كانه طلقها في اول الطهر تفاديا عن ايقاع الطلاق في الطهر بعد الجماع وطهرها خمسة عشر يوما لانه لا غاية لاكثره وحيضها خمسة ايام لان اقله واكثره نادر فاعتبرنا الوسط فثلثة اطهار تكون خمسة واربعون يوما ثلث حيض يكون خمسة عشر يوما فذا ستون يوما وعلى ما روى الحسن عنه ان يجعل كانه طلقها في آخر الطهر احترازا عن تطويل العدة ثم حيضها عشرة لانا لما قدرنا طهرها باقل المدة قدرنا حيضها بالاكثر ليعتدل فطهران ثلثون وثلث حيض ثلثون فذا ستون ولا معنى لما قالا لان الامين انما يقبل قوله اذا لم تكذبه العادة واما اذا كذبته العادة فلا

باب الايلاء

واذا قال الرجل لامرأته والله لا اقربك اوقال والله لا اقربك اربعة اشهر

لان المكذب عادة كالمكذب حقيقة الاترى ان الوصي اذا قال انفقت في يوم مائة درهم على الصبي لا يصدق وان كان محتملا بان يشتري له نفقة فيسرق وثم فيحرق وثم فيغرق ثم وثم لكونه نادرة ولا احتمال لتصديقها في تلك المدة الابعد امور نادرة ان يكون الايقاع في آخر اجزاء الطهر وحيضها اقل مدة الحيض وطهرها كذلك وان لا يؤخر الاخبار عن ساعة الانقضاء وان كانت امة فعندهما تصدق في احد وعشرين يوما ستة للحيضتين وخمسة عشر للطهر وعنده في رواية محمد رحمه الله في اربعين يوما كانه طلقها في اول الطهر فطهران ثلثون وقرآن عشرة وعلى رواية الحسن في خمسة وثلثين فقرآن عشرون والطهر خمسة عشر والله تعالى اعلم بالصواب •

باب الايلاء

هو في اللغة الحلف من آلى اي حلف يؤلي ايلاء من الالية وهي الحلف قال الشاعر

قليل الالايا حافظ ليمينه وان بدرت منه الالية برت

وفي الشرع عبارة عن الحلف على ترك وطئ المنكوحة اربعة اشهر او اكثر وركنه والله لا اقربك ونحوه وشرطه كون اليمين معقودة على منع وطئ المنكوحة واهله من هو اهل للطلاق عند ابي حنيفة رح وعندهما من هو اهل للكفارة وسببه ما هو السبب في الطلاق الرجعي لما ان الابانة فيه موقتة الى وقت وههنا ايضا موقتة الى وقت والسبب الداعي هناك عدم الموافقة والتدارك في الطلاق الرجعي غير مستعقب مكروها وهنا يعقب مكروها لكن لا ينقص عدد الطلاق وحكمه المتعلق بالبر وقوع الطلاق عند مضي اربعة اشهر والحكم المتعلق بالحنث الكفارة ان كان يمينا بالله تعالى وان كان يمينا بغيره فما جعل جزاء على الحنث

فهو مؤل لقوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم تربص اربعة اشهر الآيه فان وطئها في اربعة اشهر حنث في يمينه ولزمته الكفارة لان الكفارة موجب الحنث وسقط الايلاء لان اليمين ترتفع بالحنث وان لم يقربها حتى مضت اربعة اشهر بانت منه بتطليقة وقال الشافعي رحمه الله تبين بتفريق القاضي لانه مانع حقها فى الجماع فينوب القاضي منابه فى التسريح كما فى الجب والعنة ولنا انه ظلمها بمنع حقها فجازاه الشرع بزوال نعمة النكاح عند مضي هذه المدة وهو المأثور عن عثمان وعلي والعبادلة الثلثة وزيد بن ثابت رضوان الله تعالى عليهم اجمعين وكفى بهم قدوة ولانه كان طلاقا فى الجاهلية فحكم الشرع بتأجيله الى انقضاء المدة

قوله فهو مؤل لقوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم الآيه والتمسك بالاية لبيان شرعية الايلاء ولبيان انه اذا حلف على ترك وطئها اربعة اشهر فهو مؤل فان وطئها فى الاربعة الاشهر حنث في يمينه ولزمته الكفارة وعند الشافعي رحمه الله يحنث في يمينه ولا تلزمه الكفارة لان الله تعالى وعد المغفرة وبعد ما صار مغفورا لا تجب عليه الكفارة لما ان الكفارة للستر قلنا وعد المغفرة فى الآخرة ومع ذلك وجبت الكفارة للحنث فى اليمين قال الله تعالى ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته الآيه كذا فى المبسوطين **قوله** ولنا انه ظلمها بمنع حقها فى الجماع فان قيل لو كان الجماع حقها كان لها ولاية المطالبة وليس لها ذلك بعد ما وطئها الزوج مرة قلنا ان لم يكن مستحقا عليه حكما فهو مستحق عليه ديانة ويدل عليه ماذكره الامام قاضيخان رحمة الله تعالى عليه في باب العنين من الجامع الصغير ان الزوج اذا وطئها مرة ثم عجز بعد ذلك لا خيار لها لان ما هو المقصود وهو تأكد المهر والاحصان وغير ذلك يحصل بالواحدة وما زاد على ذلك فهو مستحق عليه ديانة لا حكما ه

فان كان حلف على اربعة اشهر فقد سقطت اليمين لانها كانت موقتة به وان كان حلف على الابد فاليمين باقية لانها مطلقة ولم يوجد الحنث لترتفع به الا انه لا يتكرر الطلاق قبل التزوج لانه لم يوجد منع الحق بعد البينونة فان عاد فتزوجها عاد الايلاء فان وطئها والا وقعت بمضي اربعة اشهر اخرى لان اليمين باقية لاطلاقها وبالتزوج ثبت حقها فيتحقق الظلم ويعتبر ابتداء هذا الايلاء من وقت التزوج فان تزوجها ثالثا عاد الايلاء ووقعت بمضي اربعة اشهر اخرى ان لم يقربها لما بينا فان تزوجها بعد زوج آخر لم يقع بذلك الايلاء طلاق لتقييده بطلاق هذا الملك وهي فرع مسئلة التنجيز الخلافية وقد مر من قبل واليمين باقية لاطلاقها وعدم الحنث فان وطئها كفر عن يمينه لوجود الحنث فان حلف على اقل من اربعة اشهر لم يكن مؤليا لقول ابن عباس رضي الله تعالى عنهما لا ايلاء فيما دون اربعة اشهر

قوله فان كان حلف على الابد بان قال والله لا اقربك ذكر الابد اولم يذكر **قوله** الا انه لا يتكرر الطلاق قبل التزوج وذكر في المبسوط اذا آلى من امرأته ايلاء مطلقا من غير ان يقيده باربعة اشهر فبانت بمضي اربعة اشهر هل ينعقد مرة اخرى قبل ان يزوجها ام لا كان ابو سهيل السرخسي يقول ينعقد حتى اذا تمت اربعة اشهر قبل انقضاء عدتها وقعت تطليقة اخرى وكذلك الثالثة قال لان معنى الايلاء كلما مضت اربعة اشهر ولم اقربك فيها فانت طالق تطليقة بائنة ولو صرح بها كان الحكم فيه ما بينا وكان الكرخي رحمه الله يقول لا تنعقد المدة الثانية مالم يتزوجها وهذا هو الاصح لان في انعقاد اليمين ابتداء لابد له من اعتبار معنى الاضرار وذلك لا يتصور بعد البينونة مالم يتزوجها لانه لا حق لها في الجماع فلذلك لا ينعقد المدة الثالثة مالم يتزوجها **قوله** فان حلف على اقل من اربعة اشهر لم يكن مؤليا وقال ابن ابي ليلى يكون مؤليا فان تركها اربعة اشهر بانت بتطليقة وهكذا كان

ولان الامتناع عن قربانها فى اكثر المدة بلا مانع وبمثله لا يثبت حكم الطلاق فيه ولوقال والله لا اقربك شهرين وشهرين بعد هذين الشهرين فهو مول لانه جمع بينهما بحرف الجمع فصار كجمعه بلفظ الجمع ولومكث يوما ثم قال والله لا اقربك شهرين بعد الشهرين الاولين لم يكن موليا لان الثاني ايجاب مبتدأ وقد صار ممنوعا بعد اليمين الاولى شهرين وبعد الثانية اربعة اشهر الا يوما مكث فيه فلم تتكامل مدة المنع ولوقال والله لا اقربك سنة الا يوما لم يكن مؤليا خلافا لزفر رحمة الله تعالى عليه هو يصرف الاستثناء الى آخرها اعتبارا بالاجارة فتمت مدة المنع ولنا ان المؤلي من لا يمكنه القربان اربعة اشهر الا بشيء يلزمه ويمكنه ههنا

يقول ابوحنيفة رحمة الله تعالى عليه اولا فلما بلغه فتوى ابن عباس رضي الله تعالى عنهما لا ايلاء فيما دون اربعة اشهر رجع عنه ٥

قوله ولان الامتناع عن قربانها في اكثر المدة بلا مانع هذا التعليل انما يستقيم على ما ذكر في المبسوط واذا عقد يمينه على شهر فهو يتمكن من قربانها بعد مضي الشهر بغير شيء يلزمه فحينئذ يكون الامتناع في اكثر المدة بلا مانع ولا يستقيم فيما اذا عقد يمينه على ثلثة اشهر لان المانع يكون في اكثر المدة حينئذ وقيل المراد باكثر المدة اربعة اشهر وهو جميع مدة الايلاء وسماها اكثر لكونها اكثر من مدة حلف على ترك قربانها فاذا كان المراد به جميع المدة فلاشك ان المانع غير موجود في جميع صور التي دون تلك المدة وان وجود المانع فى البعض لا نتفاء المجموع بانتفاء البعض وهو ضعيف اذ لو كان المراد به ذلك لقال في اكثر المدتين **قوله** وبمثله اي وبمثل الحلف الذي انعقد على مادون اربعة اشهر لا يثبت حكم الطلاق بمضي اربعة اشهر ولوقال والله لا اقربك شهرين وشهرين بعد هذين الشهرين اوقال والله لا اقربك شهرين وشهرين كان مؤليا اما لوقال و الله

لان المستثنى يوم منكر بخلاف الاجارة لان الصرف الى الآخر لتصحيحه فانه لا يصح مع التنكير ولا كذلك اليمين ولو قربها في يوم والباقي اربعة اشهر او اكثر صار مؤليا لسقوط الاستثناء

ولو قال وهو بالبصرة والله لا ادخل الكوفة وامرأته بها لم يكن مؤليا لانه يمكنه القربان من غير شيء يلزمه بالاخراج من الكوفة

قال ولو حلف بحج او بصوم او بصدقة او عتق او طلاق فهو مول لتحقق المنع باليمين وهو ذكر الشرط والجزاء وهذه الاجزية مانعة لما فيها من المشقة وصورة الحلف بالعتق ان يعلق بقربانها عتق عبده وفيه خلاف ابي يوسف رحمه الله فانه يقول يمكنه البيع ثم القربان فلا يلزمه شيء وهما يقولان البيع موهوم فلا يمنع المانعية فيه والحلف بالطلاق ان يعلق بقربانها طلاقها او طلاق صاحبتها وكل ذلك مانع

لا اقربك شهرين ومكث يوما او ساعة ثم قال والله لا اقربك شهرين او شهرين بعد الشهرين الاولين او قال والله لا اقربك شهرين ولا شهرين لم يكن مؤليا اما فيما مكث لم يتكامل مدة المنع وفيما اعاد فيه حرف النفي صار الثاني ايجابا آخر فصار الاجلين فتداخلا الاترى ان من قال والله لا اكلم فلانا يوما ويومين فمدة المنع ثلثة ايام ولو قال يوما ولا يومين يكون ايجابين فيتداخلان فمدة المنع يومان.

قوله لان المستثنى يوم منكر فلما كان منكرا كان ما من يوم يمر بعد يمينه الا ويمكنه ان يجعله اليوم المستثنى فتقربها فيه من غير ان يلزمه شيء ثم لو صرفنا ذلك اليوم الى آخر السنة كان معينا وتغير كلامه من غير حاجة لا يجوز بخلاف الاجارة لانها لا تصح مع التنكير ولا كذلك اليمين لان اليمين يصح مع الجهالة كما اذا قال والله لا اتزوج امرأة بخلاف ما لو قال بنقصان يوم فانه يكون مؤليا لان النقصان لا يكون الا من آخر المدة فان قيل اذا قال لغيره والله لا اكلمك سنة الا يوما فان اليوم المستثنى ينصرف الى آخر

وان آلى من المطلقة الرجعية كان مؤليا وان آلى من المبانة لم يكن مؤليا لان الزوجية قائمة في الاولى دون الثانية ومحل الايلاء من تكون من نسائنا بالنص فلو انقضت العدة قبل انقضاء مدة الايلاء سقط الايلاء لفوت المحلية ولو قال لاجنبية والله لا اقربك او انت علي كظهر امي ثم تزوجها لم يكن مؤليا ولا مظاهرا لان الكلام في مخرجه وقع باطلا لانعدام المحلية فلا ينقلب صحيحا بعد ذلك وان قربها كفر لتحقق الحنث اذ اليمين منعقدة في حقه

السنة قلنا الحامل على اليمين الغيظ انه قائم في الحال فيكون المنع من الكلام مرادا في الحال فلذلك صرف اليوم المستثنى الى الآخر.

قوله وان آلى من المطلقة الرجعية كان مؤليا لان الزوجية قائمة فان قيل الايلاء انما يتحقق باعتبار الظلم من الزوج بمنع حقها في الجماع ولا حق للمطلقة الرجعية في الجماع لانقضاء ولاد يانة حتى ان المستحب للزوج ان يراجعها بدون الجماع فلم يكن الزوج مانعا حقها فلا يكون ظالما فينبغي ان لا يترتب عليها جزاء الظلم قلنا شرعية الايلاء ثبت بقوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم والمطلقة الرجعية من نسائنا بالنص وقوله تعالى وبعولتهن احق بردهن والبعل هو الزوج فكانت المرأة هي الزوجة وفي المنصوص لا يعتبر المعنى **قوله** اذ اليمين منعقدة اي في حقه اي في حق الحنث لا في حق الطلاق وهذا لان الايلاء يمين تعلق ببرها الطلاق كانه قال ان لم اقربك اربعة اشهر فانت طالق بائنا فاذا قال ذلك لاجنبية فقد حلف بالطلاق في غير الملك ولم يضف الى سبب الملك فبطل ايجاب الطلاق وبقي يمينا مطلقا لان اليمين يعتمد بصورة البر حسا لا ملكا شرعيا الا ترى انها تنعقد على الحرام والمعصية فينعقد هنا فاذا قربها لزمته الكفارة

ومدة ايلاء الامة شهران لان هذه مدة ضربت اجلا للبينونة فتنتصف بالرق كمدة العدة وان كان المؤلي مريضا لا يقدر على الجماع او كانت مريضة رتقاء او صغيرة لا تجامع اوكانت بينهما مسافة لا يقدر ان يصل اليها في مدة الايلاء ففيئه ان يقول بلسانه فئت اليها في مدة الايلاء فان قال ذلك سقط الايلاء وقال الشافعي رحمة الله تعالى عليه لا فيء الا بالجماع واليه ذهب الطحاوي رحمة الله تعالى عليه

قوله ومدة ايلاء الامة شهران وقال الشافعي رحمه الله مدتها كمدة ايلاء الحرة وهذا يبتني على اصل وهو ان عنده المدة ضربت لاظهار الظلم بمنع الحق في الجماع والحرة والامة في ذلك سواء وعندنا شرعت اجلا للبينونة فشابهت مدة العدة فينتصف بالرق لانه من حقوق النكاح كذا في الايضاح **قوله** وان كان المؤلي مريضا الى آخره فان قيل ينبغي ان لا يصح ايلاء المريض لان الحكم بوقوع الطلاق عند انقضاء اربعة اشهر للحاجة الى دفع الظلم عنها لان الوقاع حق مستحق وبالامتناع بقوله والله لا اقربك يصير ظالما قلنا النص يقتضي صحة الايلاء من النساء مطلقا غير مقيد بوصف الصحة وفيما ذكر من التعليل ابطال حكم النص والتعليل بوجه يبطل حكم النص باطل لان الحكم في موضع النص ثابت بالنص لا بالعلة ولان المرض قد يطول وقد يقصر فكان هو ظالما على تقدير ان يقصر مرضه من اربعة اشهر فان قيل اذا كان بينهما مسيرة اربعة اشهر يقدر على الفيء بالجماع بان يخرج هو اليها وتخرج هي اليه فيلتقيان فيما دون اربعة اشهر قلنا الزوج لا يقدر على ذلك بنفسه والقدرة بالغير غير معتبرة اما على اصل ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه فظاهر فان الاعمى لا تجب عليه الجمعة عنده وان وجد قائدا واما عندهما ففيما نحن فيه لا يقدر الزوج على اكتساب سبب القدرة بخلاف مسئلة الجمعة .

لانه لوكان فيئا لكان حنثا ولنا انه اذاها بذكر المنع فيكون ارضاؤها بالوعد باللسان واذا ارتفع الظلم لاتجازى بالطلاق ولو قدر على الجماع فى المدة بطل ذلك الفيء وصار فيئه بالجماع لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالخلف واذا قال لامرأته انت علي حرام سئل عن نيته فان قال اردت الكذب فهو كما قال لانه نوى حقيقة كلامه وقيل لا يصدق فى القضاء لانه يمين ظاهرا

قوله لانه لوكان فيئا لكان حنثا لان المتعلق بالفيء حكمان وجوب الكفارة وامتناع حكم الفرقة ثم الفيء باللسان لا يعتبر في احد الحكمين وهو الكفارة فكذلك فى الحكم الآخر ولكنا نقول الكفارة تجب بالحنث والحنث لا يتحقق بالفيء باللسان وعند العجز عن الفيء بالجماع فكان الفيء بالجماع اصلا و باللسان بدلا منه لان الفيء عبارة عن الرجوع واذا كان قادرا على الجماع فانما قصد الاضرار بمنع حقها فى الجماع ففيئه بالرجوع عن ذلك بان يجامعها واذا كان عاجزا عن الجماع فلم يكن قصده الاضرار بمنع حقها فى الجماع فانه لاحق لها فى الجماع في هذه الحالة وانما قصد الاضرار بايحاشها بلسانه ففيئه بالرجوع عن ذلك بان يرضيها بلسانه لان التوبة بحسب الجناية ومذهبنا مروي عن علي وابن مسعود رضي الله تعالى عنهما كذا فى المبسوط **قوله** قبل حصول المقصود بالخلف وهذا لان المقصود من الفيء باللسان عدم ثبوت البينونة بمضي اربعة اشهر وذلك انما يترتب على مضي هذه المدة وقبل مضي هذه المدة اذا صح صار ظالما بمنع حقها فى الجماع فبطل الفيء باللسان للقدرة على الاصل قبل حصول المقصود بالخلف لان القدرة على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل يسقط اعتبار البدل كالمتيمم اذا وجد الماء قبل الفراغ من الصلوة **قوله** فان قال اردت الكذب فهو كما قال لانه نوى حقيقة كلامه لان امرأته حلال له وقوله انت علي

وان قال اردت الطلاق فهي تطليقة بائنة الا ان ينوي الثلث وقد ذكرناه في الكنايات وان قال اردت الظهار فهو ظهار وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله ليس بظها ر لانعدام التشبيه بالمحرمة وهو الركن فيه ولهما انه اطلق الحرمة وفي الظهار نوع حرمة والمطلق يحتمل المقيد وان قال اردت التحريم اولم ارد به شيئا فهو يمين يصير به مؤليا لان الاصل في تحريم الحلال انما هو اليمين عند نا وسنذكره في الايمان ان شاء الله تعالى ومن المشايخ من يصرف لفظة التحريم الى الطلاق من غير نية بحكم العرف والله اعلم بالصواب ٭

حرام كذب وارادة الكذب من الكلام الكذب حقيقة له وذكر في المحيط وان قال نويت به الكذب فهو كذب ولا حكم له ويصدقه القاضي لانه فسر لفظه بما يقتضيه ظاهره وهو نظير ما لو قال لامرأته انت حرة وقال اردت نعتها بالحرية لا الطلاق يدين في القضاء هكذا ذكر شمس الائمة الحلوائي رحمه الله ٭

قوله يصير به مؤليا لان اقل اسباب الحرمة اليمين لان حرمتها مغياة الى الكفارة بخلاف الحرمة بالطلاق وفى الظهار ان ارتفع حرمته بالكفارة لكن كفارة اليمين ايسر ولان الحرمة فى اليمين لغيره بخلاف الظهار حتى تحل له مباشرتها بعد الايلاء بخلاف الظهار

قوله من غير نية بحكم العرف روي ان هذه المسئلة وقعت في عصر ابي جعفر الهندواني رحمه الله تعالى فا شكل عليه وكان يقول في نفسه ينبغي ان لايقع الطلاق فكان يتفكر فيه اياما وكان مغتما في ذلك وكانت له ابنة صغيرة فقالت له يوما يا ابت مالي اراك مغتما فقال لها كيت وكيت فقالت لاشك في هذا انه يقع الطلاق لما ان العرف ان الرجال يحلفون به دون النساء فلولم يكن طلاقا لحلفت به النساء ايضا والله تعالى اعلم بالصواب ٭

ع

باب الخلع

واذا تشاق الزوجان وخافا ان لا يقيما حدود الله فلا باس بان تفتدي نفسها منه بمال يخلعها به لقوله تعالى

باب الخلع

الخلع بالفتح النزع يقال خلع ثوبه عن بدنه اي نزع وخالعت زوجها اذا افتدت منه بما لها والاسم الخلع بالضم قال الله تعالى هن لباس لكم وانتم لباس لهن فكانهما اذا فعلا ذلك نزعا لباسهما وهو مشروع بالكتاب قال الله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به والسنة وهي ما روي ان جميلة كانت تحت ثابت بن قيس بن شماس فجاءت الى رسول الله عم وقالت لا اعيب على ثابت في دين ولا خلق ولكني اخشى الكفر في الاسلام لشدة بغضي اياه فقال عليه السلام اتردين عليه حديقته فقالت نعم وزيادة فقال عليه السلام اما الزيادة فلا واجماع الامة والمعقول وهو ان ملك النكاح معتبر يتمكن به من اقامة المصالح الكثيرة فيجوز الاعتياض عنه وان لم يكن مالا كملك القصاص وسواء كان بلفظ الخلع او الطلاق والمباراة او البيع بان يقول خلعتك على الف درهم او طلقتك على الف او بارأتك او بعت نفسك او طلاقك على الف ففي الوجوه كلها لا يقع الطلاق الا بقبولها في المجلس لانها معاوضة قال اذا تشاق الزوجان اي اختلفا وتخاصما مشتق من الشق وهو الجانب وانما سمي به لان كل واحد من المتشاقين يأخذ شقا خلاف شق صاحبه وهذا كالتخاصم والتعادي لان كل واحد من المتخاصمين والمتعاديين يأخذ خصما وهو الجانب وعدوة وهي جانب الوادي خلاف جانب صاحبه ٭

قوله وخافا ان لا يقيما حدود الله اي ما يلزمهما من مواجب الزوجية

فلا جناح عليهما فيما افتدت به فاذا فعلاذلك وقع بالخلع تطليقة بائنه ولزمها المال لقوله صلى الله عليه وسلم الخلع تطليقة بائنة ولانه يحتمل الطلاق حتى صار من الكنايات والواقع بالكنايات بائن الاان ذكر المال اغنى عن النية هنا

قوله فلا جناح عليهما فيما افتدت به اي فلا جناح على الرجل فيما اخذ وعلى المرأة فيما اعطت **قوله** فاذا فعلا ذلك وقع بالخلع تطليقة بائنة وفي احد قولي الشافعي رحمة الله تعالى عليه هو فسخ حتى لو خالعها بعد التطلقتين لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره عندنا خلافا له قوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به بعد قوله تعالى الطلاق مرتان الى ان قال فان طلقها فلاتحل له من بعد فلو جعلنا الخلع طلاقا لصارت التطليقات اربعا ولان النكاح عقد يحتمل الفسخ حتى يفسخ بخيار عدم الكفاء وخيار العتق وخيار البلوغ عندكم فيحتمل الفسخ بالتراضي ايضا وذلك بالخلع كالبيع ولنا ما روى عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم ان النبي عليه السلام قال الخلع تطليقة بائنة والمعنى فيه ان النكاح لا يحتمل الفسخ بعد تمامه الاترى انه لا ينفسخ بالهلاك قبل التسليم بان الملك الثابت به ضروري لا يظهر الا في حق الاستفاء والفسخ بسبب عدم الكفاءة فسخ قبل التمام فكان في معنى الامتناع عن الاتمام وكذلك في خيار العتق والبلوغ واما الخلع فيكون بعد تمام العقد والنكاح لا يحتمل الفسخ بعد تمامه ولكن يحتمل القطع في الحال فيجعل لفظ الخلع عبارة عن رفع العقد في الحال واما الآية فقد ذكر الله تعالى التطليقة الثلثة بعوض وبغير عوض فبهذا لا يصير الطلاق رابعا **قوله** حتى صار من الكنايات اذا قال الرجل لامرأته خلعتك اوخالعتك ونوى الطلاق يقع به الطلاق لانه يحتمل الطلاق لان انخلاعها يكون عن الثياب وعن الخيرات وعن النكاح فاذا نوى الانخلاع عن النكاح يصح ولما صار من الكنايات لابد من النية الا ان ذكر

ولانها لا تسلم المال الا لتسلم لها نفسها وذلك بالبينونة وان كان النشوز من قبله يكره له ان يأخذ منها عوضا لقوله تعالى وان اردتم استبدال زوج مكان زوج الى ان قال فلا تأخذوا منه شيئا ولانه اوحشها بالاستبدال فلا يزيد في وحشتها بأخذ المال وان كان النشوز منها كرهنا له ان يأخذ منها اكثر مما اعطاها وفي رواية الجامع الصغير امرأة اختلعت على اكثر من المهر الذي تزوجها عليه والنشوز منها طاب الفضل ايضا لاطلاق ماتلونا بدءا ووجه الاخرى قوله صلى الله عليه وسلم في امرأة ثابت بن قيس بن شماس اما الزيادة فلا وقد كان النشوز منها ولو اخذ الزيادة جاز في القضاء وكذلك اذا اخذ والنشوز منه لان مقتضى ماتلوناه شيأن الجواز حكما والاباحة وقد ترك العمل في حق الاباحة لمعارض فبقي معمولا في الباقي

المال اغني عن النية ههنا وفي الذخيرة واذا اخلع الرجل امرأته ثم قال لم انوبه الطلاق فان لم يذكر بدلا صدق ديانة وقضاء وان ذكر بدلا بان قال لها خالعتك على الف درهم ثم قال لم اعن به الطلاق لا يصدق *

قوله ولانها لا تسلم المال عطف على قوله لقوله عليه الصلوة والسلام الخلع تطليقة بائنة **قوله** لا طلاق ما تلوناه بديا اي فلا جناح عليهما فيما افتدت به **قوله** لان مقتضى ماتلوناه شيأن الجواز حكما والاباحة الجواز قد يثبت بدون الاباحة فان البيع وقت النداء يجوز ولايباح فالجواز ضده الفساد واريد بالجواز ههنا عدم الحرمة والاباحة ضدها الكراهة **قوله** وقد ترك في حق الاباحة لمعارض وهو قوله تعالى فلا تأخذوا منه شيئا وقوله عليه السلام اما الزيادة فلا فان قيل الاخذ فعل حسي وقد ورد النهي عنه بتأكيدات اتأخذونه وكيف تأخذون والنهي عن الافعال الحسية يعدم المشروعية فكيف بالمؤكدات فينبغي ان لا يكون الاخذ مشروعا اصلا فكيف جاز مع الكراهة قلنا النهي وان ورد عن الفعل الحسي لكن هو لمعنى في غيره وهو زيادة الايحاش فلا تعدم

وان طلقها على مال فقبلت وقع الطلاق ولزمها المال لان الزوج يستبد بالطلاق تنجيزا وتعليقا وقد علقه بقبولها والمرأة تملك التزام المال لولايتها على نفسها وملك النكاح مما يجوز الاعتياض عنه وان لم يكن مالا كالقصاص وكان الطلاق بائنا لما بينا ولانه معاوضة المال بالنفس وقد ملك الزوج احد البدلين فتملك هي الاخر وهو النفس تحقيقا للمساواة قال وان بطل العوض فى الخلع مثل ان يخالع المسلم على خمر او خنزير اوميتة فلاشيء للزوج والفرقة بائنة وان بطل العوض فى الطلاق كان رجعيا فوقوع الطلاق فى الوجهين للتعليق بالقبول وافتراقهما فى الحكم لانه لما بطل العوض كان العامل فى الاول لفظ الخلع وهو كناية وفى الثاني الصريح وهو يعقب الرجعة وانما لم يجب للزوج شيء عليها لانها ما سمت مالا متقوما حتى تصير غارة له ولانه لاوجه الى ايجاب المسمى للاسلام ولا الى ايجاب غيره لعدم الالتزام بخلاف ما اذا خالع على خل بعينه فظهر خمرا لانها سمت مالا فصار مغرورا

المشروعية في نفسه كما في قوله عليه الصلوة والسلام لاتتخذوا دوابكم كراسي وانما قلنا ذلك لان المرأة تصرفت في مالها بالدفع الى الزوج باختيارها فمن اين يثبت عدم مشروعية الاخذ فان قيل حديث امرأة ثابت خبر الواحد والطلاق قوله تعالى فلاجناح يدل على حل الزيادة فكيف يعارضه خبر الواحد قلنا خص من الآية الفضل عن المهر اذا كان النشوز من قبله بقوله تعالى وان اردتم استبدال زوج مكان زوج فانه يكره الفضل بالاجماع فجاز تخصيصه بخبر الواحد .

قوله وانه طلقها على مال فقبلت وقع الطلاق وانما وقع بالقبول ولم يتوقف على الاداء بدلالة ذكره في مقام المعاوضة وفى المعاوضات يتعلق الحكم بالقبول دون الاداء

قوله وكان الطلاق بائنا لما بينا وهو قوله ولانها لا تسلم المال الا لتسلم لها نفسها

وبخلاف ما اذا كاتب او اعتق على خمر حيث تجب قيمة العبد لان ملك المولى فيه متقوم وما رضي بزواله مجانا اما ملك البضع في حالة الخروج غير متقوم على ما نذكر وبخلاف النكاح لان البضع في حالة الدخول متقوم والفقه انه شريف فلم يشرع تملكه الا بعوض اظهارا لشرفه فاما الاسقاط فنفسه شرف فلا حاجة الى ايجاب المال ٭

قال وما جاز ان يكون مهرا جاز ان يكون بدلا في الخلع لان ما يصلح عوضا للمتقوم اولى ان يصلح لغير المتقوم فان قالت له خالعني على ما في يدي فخالعها فلم يكن في يدها شيء فلا شيء له عليها لانها لم تغره بتسمية المال وان قالت خالعني على ما في يدي من مال فخالعها فلم يكن في يدها شيء ردت عليه مهرها لانها لما سمت مالا لم يكن الزوج راضيا بالزوال الا بعوض ولا وجه الى ايجاب المسمى وقيمته للجهالة ولا الى قيمة البضع اعني مهر المثل لانه غير متقوم حالة الخروج

قوله وبخلاف ما اذا كاتب او اعتق على خمر ولو كاتب على ميتة او دم فان الكتابة هناك باطلة حتى لو ادى لا يعتق ولا تجب القيمة كذا ذكره الامام الاسبيجابي رحمه الله **قوله** وما جاز ان يكون مهرا جاز ان يكون بدلا في الخلع ولا ينعكس ولهذا يصلح اقل من عشرة دراهم بدل الخلع ولا يصلح مهرا وفي المبسوط وان اختلعت منه بما في بطن جاريتها او بطون غنمها فهو جائز وله ما في بطونها بخلاف الصداق فان في مثله يجب مهر المثل وان لم يكن في بطونها شيء فلا شيء له لانه ما غرته فما في البطن قد يكون مالا متقوما وقد يكون غير ذلك من ريح او ولد ميت **قوله** فان قالت له خالعني على ما في يدي اراد باليد الجارحة لانها لم تغره بتسمية المال لان كلمة ما عامة تتناول المال وغيره وذكر في المبسوط وان اختلعت بما في بيتها من شيء فهو جائز وكل ما في البيت في تلك الساعة فهو له لان بالاشارة الى المحل ينقطع المنازعة بينهما بسبب

فتعين ايجاب ماقام به على الزوج دفعا للضرر عنه ولوقالت خالعني على مافي يدي من دراهم اومن الدراهم ففعل فلم يكن في يدها شيء فعليها ثلثة دراهم لانها سمت الجمع واقله ثلثة

الجهالة وان لم يكن فيه شيء فلاشيء عليه بخلاف ما اذا اختلعت على ما في بيتها من متاع فله مافيه وان لم يكن فيه شيء فلا شيء له رجع عليها بالمهر الذي اخذت منه لانها غرته بذكرما هو مال متقوم ولا يمكن اثبات الرجوع بقيمة المتاع لانه مجهول الجنس والقدر ولا بقيمة البضع لانه عند الخروج من ملك الزوج غير متقوم ٭

قوله فتعين ايجاب ماقام به اي ما قام البضع به وهو المهر **قوله** ولوقالت خالعني على ما في يدي من دراهم اومن الدراهم ففعل ولم يكن في يدها شيء فعليها ثلثة دراهم لانها سمت الجمع واقله ثلثة فان قيل ذكرت في كلامها حرف من وهو للتبعيض فينبغي ان يجب بعض الدراهم وذا درهم اودرهمان كقوله ان كان في يدي من الدراهم الاثلثة فعبده حرو في يده اربعة دراهم فانه يحنث قلنا من للتبعيض وقديكون للبيان والتمييز ففي كل موضع تم الكلام بنفسه ولكنه اشتمل على ضرب ابهام فمن للتمييز كقوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان والا فللتبعيض وقولها خالعني على مافي يدي كلام تام بنفسه حتى جاز الاقتصار عليه الا ان فيه نوع ابهام لان مافي يدها قديكون من انواع شتى فاذا قالت من الدراهم فقدبينت ما ابهمت فصاركانها قالت خالعني على الدراهم وقوله ان كان في يدي غيرتام بنفسه حتى لايجوز الا قتصار عليه فكان للتبعيض فان قيل هذايستقيم اذالم تكن الدراهم محلاة بالالف واللام اما اذا كانت محلاة بهما فينبغي ان يجب درهم واحد كما لوحلف ان لا يشتري العبيد اولايتزوج النساء لان الجمع المعرف باللام كالمفرد المعرف باللام قلنا انما ينصرف الى الجنس اذا عري عن قرينة دالة على العهد كما في النظير وقد وجدت القرينة الدالة على العهدهنا وهو قولها على ما في يدي وهذا لان

وكلمة من ههنا للصلة دون التبعيض لان الكلام يختل بدونه فان اختلعت على عبد لها آبق على انها بريئة من ضمانه لم تبرء وعليها تسليم عينه ان قدرت وتسليم قيمته ان عجزت لانه عقد المعاوضة فيقتضي سلامة العوض واشتراط البراءة عنه شرط فاسد فيبطل الا ان الخلع لايبطل بالشروط الفاسدة وعلى هذا النكاح واذا قالت طلقني ثلثا بالف فطلقها واحدة فعليها ثلث الالف لانها لما طلبت الثلث بالف فقد طلبت كل واحدة بثلث الالف وهذا لان حرف الباء يصحب الاعواض والعوض ينقسم على المعوض والطلاق بائن لوجوب المال وان قالت طلقني ثلاثا على الف فطلقها واحدة فلاشيء عليها عند ابي حنيفة رحمه الله ويملك الرجعة وقالا هي واحدة بائنة بثلث الالف لان كلمة على بمنزلة الباء في المعاوضات حتى ان قولهم احمل هذا الطعام بدرهم وعلى درهم سواء

الدراهم جمع حقيقة وانما ينعطل معنى الجمعية عند ارادة الجنس للضرورة ولاضرورة هنا على انه انما ينصرف الى الجنس اذا امكن حمله على كل الجنس ولم يمكن هنا لاستحالة ان يكون كل الدراهم في يدها ●

قوله وكلمة من ههنا صلة لا للتبعيض فكل موضع يصح الكلام بدونه يكون للتبعيض كما في مسئلة الجامع ان كان في يدي من الدراهم فعبده حر وفي كل موضع يختل الكلام بدونه كما في مسئلة الخلع يكون صلة لان قولها خالعني على مافي يدي دراهم بدون من يكون مختلا لان الموضع للتمييز فحذف من هنا يختل بالمقصود بخلاف مسئلة الجامع فان الكلام فيها لايختل بدونه فاذا ذكر يجعل للتبعيض لتحصل فائدة جديدة **قوله** فان اختلعت على عبد لها آبق على انها بريئة من ضمانه اي على انه ان وجد العبد تسلم اليه وان لم يوجد فلاشيء عليها لم تبرأ ●

وله ان كلمة على للشرط قال الله تعالى يبايعنك على ان لا يشركن بالله شيئا

قوله وله ان كلمة على للشرط اي تستعمل للشرط لان اصلها اللزوم فاستعير للشرط لانه يلازم الجزاء فصارت طالبة للثلث بالالف بكلمة هي للشرط فصار الطلقات الثلث شرطا لوجوب الالف فصار كانها قالت ان طلقتني ثلثا فلك الالف ولا يقال كلمة على دخلت على الالف فكيف يكون الطلاق شرطا قلنا صار كل واحد من الطلاق والمال شرطا لصاحبه فصار دخولها على المال مثل دخولها على الطلاق بحكم الاتحاد وذكر في المبسوط وابوحنيفة رحمه الله يقول حرف على للشرط حقيقة لانه حرف التزام ولا مقابلة بين الواقع وبين ما التزم بل بينهما معاقبة كما يكون بين الشرط والجزاء فكان معنى الشرط فيه حقيقة والتمسك بالحقيقة واجب حتى يقوم دليل المجاز واذا كان محمولا على الحقيقة والشرط يقابل المشروط جملة ولا يقابله جزأ فجزأ وانما شرطت لوجوب المال عليها ايقاع الثلث فاذا لم يوقع لا يجب شيء وبه فارق بين البيع والاجارة لان معنى الشرط هناك تعذر اعتباره فانه لا يحتمل التعليق بالشرط فلذلك جعلنا حرف على فيهما بمعنى الباء وقوله في الهداية وله ان كلمة على للشرط يحتمل انه اراد به ما ذكر في المبسوط من قول ابي حنيفة رحمه الله ان حرف على للشرط حقيقة ويحتمل ان يريد ان كلمة على في هذا الموضع للشرط لان كلمة على للاستعلاء وضعا يقول زيد على السطح فان تعذر يحمل على الالزام يقول عليه دين فان تعذر يحمل على الشرط لمناسبة بين الشرط والالزام ومعنى الالزام لها بمنزلة الحقيقة لان استعمالها بمعنى الالزام شائع مستفيض وفي الشرط معنى الالزام فيصير كانه للشرط حقيقة ولهذا قال كلمة على للشرط •

ومن قال لامرأته انت طالق على ان تدخلي الدار كان شرطا وهذا لانه للزوم حقيقة اواستعير للشرط لانه يلازم الجزاء واذا كان للشرط فالمشروط لا يتوزع على اجزاء الشرط بخلاف الباء لانه للعوض على مامر واذا لم يجب المال كان مبتدئا فوقع الطلاق ويملك الرجعة

ولوقال الزوج طلقي نفسك ثلثا بالف او على الف فطلقت نفسها واحدة لم يقع شيئ لان الزوج ما رضي بالبينونة الا لتسلم له الالف كلها بخلاف قولها طلقني ثلثا بالف لانها لما رضيت بالبينونة بالف كانت ببعضها ارضى

قوله ومن قال لامرأته انت طالق على ان تدخلي الدار كان شرطا يريد به ان قوله على ان تدخلي الدار يفيد ان الدخول شرط فكذا على الف والطلاق مما يحتمل التعليق بالشرط فلاحاجة الى العدول عن الحقيقة بخلاف البيع والاجارة فانه لا يحتمل التعليق بالشرط فيتعذر اعتبار الحقيقة فليستعار بمعنى الباء فان قيل يشكل هذا بما اذا قالت المرأة لزوجها طلقني وفلانة على الف درهم فطلقها وحدها فكان عليها حصتها من المال بمنزلة مالو التمست بحرف الباء قلنا انما حملت هناك على معنى الباء لانه لاغرض لها في طلاق فلانة ليجعل ذلك كالشرط منها ولها في اشتراط ايقاع الثلث غرض صحيح **قوله** فالمشروط لايتوزع على اجزاء الشرط حتى اذا قال انت طالق ثنتين ان دخلت هذه الدار وهذه الدار فدخلت احدهما لا تطلق ولو كان متوزعا على اجزاء الشرط لوقعت تطليقة واحدة بمقابلة دخول دار واحدة وهذا لان الشرط علامة وقد جعل الكل علامة فلا يوجد المشروط حتى يوجد الكل ولان العوض يجب بالمعوض فينقسم عليه ولا يجب المشروط بالشرط •

ولو قال انت طالق على الف فقبلت طلقت وعليها الالف وهو كقوله انت طالق بالف ولابد من القبول فى الوجهين لان معنى قوله بالف بعوض الف يجب لي عليك ومعنى قوله على الف على شرط الف يكون لي عليك والعوض لا يجب بدون قبوله والمعلق بالشرط لا ينزل قبل وجوده والطلاق بائن لما قلنا ولو قال لامرأته انت طالق وعليك الف فقبلت اوقال لعبده انت حر وعليك الف فقبل عتق العبد وطلقت المرأة ولا شيء عليهما عند ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه وكذا اذا لم يقبلا وقالا على كل واحد منهما الالف اذا قبل واذا لم يقبل لا يقع الطلاق والعتاق لهما ان هذا الكلام يستعمل للمعاوضة فان قولهم احمل هذا المتاع ولك درهم بمنزلة قولهم بدرهم وله انه جملة تامة فلا ترتبط بما قبله الا بدلالة

قوله ولو قال انت طالق على الف فقبلت طلقت وهو كقوله انت طالق بالف اي في اشتراط القبول **قوله** ولا بد من القبول فى الوجهين اي فيما اذا قال انت طالق بالف وفيما اذا قال انت طالق على الف وفى الجامع الصغير التمرتاشي رحمه الله قال لامرأته انت طالق بالالف اوعلى الف اوعلى ان تعطيني الفا اوخلعتك على الف اوبارأتك اوطلقتك بالف يقع بالقبول فى المجلس وهذا يمين من جهة الزوج فيصح تعليقه واضافته ولا يصح رجوعه ولا يبطل بقيامه عن المجلس ويتوقف على البلوغ اذا كانت غائبة لانه تعليق الطلاق بقبولها المال وهو من جهة المرأة مبادلة فلا يصح تعليقها واضافتها ويصح رجوعها قبل قبول الزوج ويبطل بقيامها عن المجلس ولا يتوقف على البلوغ الى الزوج لانه تمليك المال من جهتها **قوله** والطلاق بائن لما قلنا اشارة الى قوله لانها لا تسلم المال الا لتسلم لها نفسها .

اذ الاصل فيها الاستقلال ولا دلالة لان الطلاق والعتاق ينفكان عن المال بخلاف البيع والاجارة لانهما لا يوجدان دونه ولو قال انت طالق على الف على انى بالخيار او على انك بالخيار ثلثة ايام فقبلت فالخيار باطل اذا كان للزوج وهو جائز اذا كان للمرأة فان ردت الخيار فى الثلث بطل وان لم ترد طلقت ولزمها الالف وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا الخيار باطل فى الوجهين والطلاق واقع وعليها الف درهم لان الخيار للفسخ بعد الانعقاد لا للمنع من الانعقاد

قوله اذ الاصل فيها الاستقلال الا ترى انه اذا قال ان دخل فلان هذه الدار فانت طالق وضرتك طالق تطلق ضرتها فى الحال لافرادها بالخبر فصارت مستقلة بنفسها ولو قال ان دخل فلان الدار فانت طالق وعبدي حر فان العتق يتعلق ايضا بالدخول لان قوله وعبدي حر ان كان تاما لكنه في حق التعليق قاصر لان خبر الاول لا يصلح خبرا بخلاف مسئلة الضرة لانه يكفيه ان يقول وضرتك ان كان غرضه التعليق لان خبر الاول يصلح خبرا له ولا دلالة هنا لان الطلاق والعتاق شرعا بمال وبغيره والكرام يأبون قبول بدل الخلع اشد الاباء بخلاف الاجارة لانها لم تشرع الا معاوضة فصلحت دلالة ولانه لما تردد بين الشرط والابتداء لا يجب المال بالشك بخلاف قوله ادالي الفا وانت حر لان اول كلامه غير مفيد شيئا الا بآخره فانه يصير به تعليقا للعتق باداء المال وههنا اول الكلام ان صدر من الزوج بان قال انت طالق عليك الف درهم كان ايقاعا مفيدا بدون آخره فلا حاجة الى ان يحمله على الحال وان صدر منها فهو التماس صحيح منها على ماذكرنا فلهذا لا يحمل على واو الحال كذا ذكره الامام شمس الائمة السرخسي رحمة الله تعالى عليه •

والتصرفان لا يحتملان الفسخ من الجانبين لانه في جانبه يمين ومن جانبها شرطها ولابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه ان الخلع في جانبها بمنزلة البيع حتى يصح رجوعها ولا يتوقف على ماوراء المجلس فيصح اشتراط الخيار فيه اما في جانبه يمين حتى لا يصح رجوعه عنه ويتوقف على ماوراء المجلس ولا خيار في الايمان وجانب العبد في العتاق مثل جانبها في الطلاق ومن قال لامرأته طلقتك امس على الف درهم فلم تقبلي فقالت قبلت فالقول قول الزوج ومن قال لغيره بعت منك هذا العبد بالف درهم امس فلم تقبل فقال قبلت فالقول قول المشتري ووجه الفرق ان الطلاق بالمال يمين من جانبه فالاقرار به لا يكون اقرارا بالشرط لصحته بدونه اما البيع فلا يتم الا بالقبول فالاقرار به اقرار بما لا يتم الا به فانكاره القبول رجوع منه

قوله والتصرفان وهما ايجاب الزوج وقبول المرأة اما ايجاب الزوج فانه يمين لانه ذكر شرط وجزاء معنى واليمين لا يقبل الفسخ واما قبول المرأة فانه شرط اليمين وكما ان اليمين لا يقبل الفسخ فشرطها لا يقبل الفسخ ايضا ولابي حنيفة رحمه الله ان الخلع من جانبها معاوضة حتى يصح رجوعها قبل قبول الزوج ولا يتوقف على ماوراء المجلس واما قبولها فمن جانبها شرط اليمين قلنا نعم قبول المرأة شرط في حق الزوج فاما في حق نفسه فتمليك مال جعل شرطا كرجل قال لآخر ان بعتك هذا العبد بكذا فعبدي الآخر هذا حر انه معلق بالمعاوضة فلم يمنع كونه معاوضة عن ان يكون شرطا لليمين فكذا هذا

قوله ومن قال لامرأته طلقتك امس الى قوله ووجه الفرق ان الطلاق بالمال يمين من جانبه والقبول شرط الحنث فتم اليمين بلاقبول فلا يكون الاقرار باليمين اقرارا بشرط الحنث لصحتها بدونه فصار القول قوله لان الزوجين اذا اختلفا في وجود الشرط فالقول قول الزوج لانه منكر واما البيع فايجاب وقبول ولا صحة لاحدهما بدون الآخر

قال والمباراة كالخلع كلاهما يسقطان كل حق لكل واحد من الزوجين على الآخر مما يتعلق بالنكاح عند ابي حنيفة رحمه الله وقال محمد رح لا يسقط فيهما الا ماسمياه وابو يوسف رحمه الله معه في الخلع ومع ابي حنيفة رحمه الله في المباراة لمحمد رح ان هذه معاوضة وفي المعاوضات يعتبر المشروط لا غير ولابي يوسف رحمه الله ان المباراة مفاعلة من البراءة فيقتضيها من الجانبين وانه مطلق قيدناه بحقوق النكاح لدلالة الغرض اما الخلع فمقتضاه الانخلاع وقد حصل في نفس النكاح فلا ضرورة الى انقطاع الاحكام ولابي حنيفة رحمه الله ان الخلع ينبئ عن الفصل ومنه خلع النعل وخلع العمل وهو مطلق كالمباراة فيعمل باطلاقهما في النكاح واحكامه وحقوقه *

قال ومن خلع ابنته وهي صغيرة بمالها لم يجز عليها لانه لا نظر لها فيه اذ البضع في حالة الخروج غير متقوم والبدل متقوم بخلاف النكاح لان البضع متقوم عند الدخول ولهذا يعتبر خلع المريضة من الثلث ونكاح المريض بمهر المثل من جميع المال واذا لم يجز لا يسقط المهر ولا يستحق مالها

فصار الاقرار بالبيع اقرارا بما لا يتم الا به فاذا انكره فقد رجع عما اقر به فلا يصدق حتى لو قال لها بعتك طلاقك امس فلم تقبلي فقالت قبلت فكان القول قولها كما في بيع العروض وكذا لو قال لعبده بعتك نفسك بالف ولم تقبل وقال العبد قبلت كان القول قول العبد ولو قال اعتقتك امس على الف فلم تقبل وقال العبد قبلت كان القول قول المولى وهذا والطلاق سواء *

قوله والمباراة كالخلع كلاهما يسقطان كل حق لكل واحد من الزوجين على الآخر مما يتعلق بالنكاح اي من الحقوق الواجبة بالنكاح حتى لو اختلعت منه بشيء مسمى معروف ولها عليه مهر وقد دخل بها او لا لزمها ما سمته وكان المهر للزوج

ثم يقع الطلاق في رواية ولايقع في رواية والاول اصح لانه تعليق بشرط قبوله فيعتبر بالتعليق بسائر الشروط وان خلعها على الف على انه ضامن فالخلع واقع والالف عليه

وكذا لواخذت المهرمنه ثم خالعها قبل ان يدخل بها على شيء فهو جائز والمهركله لها وكذا لو باراها على شيء لايتبع احدهما صاحبه بشيء من المهر وكذا لوقبضت منه نصف المهر واقل اواكثر ثم اختلعت منه بدراهم مسماة اوبثوب معروف قبل ان يدخل بها فللزوج ما سمت له في الخلع ولاسبيل لاحدهما على صاحبه من المهر وكذا لو وقع على مائة درهم من المهر والمهركله على الزوج او في يد المرأة لايتبع صاحبه بشيء من المهر وكذا لوكان المهرعبدا بعينه في يده اوفي يدها وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال محمد رحمه الله تعالى لايسقط فيها الا ماسماه وايهما كان له قبل صاحبه شيء من المهر رده عليه وابويوسف مع محمد رحمه الله في الخلع ومع ابي حنيفة رحمه الله في المبارات واما نفقة العدة فان شرطت في الخلع والمبارات يسقط اجماعا والا لا يسقط اجماعا واما نفقة الولد وهي مؤنة الرضاع فلايقع البراءة عنها ان لم يشترط ذلك في الخلع والمبارات اجماعا وان شرطت ان وقت لذلك وقت كسنة ونحوها جاز وان لم يوقت لم يجز ولم يقع البراءة عنها *

قوله ثم يقع الطلاق في رواية لانه لوعلق الطلاق بقبول الاب ولوعلق الطلاق بشرط وهوفعل الاب كدخول الدار يقع الطلاق ان وجد الشرط كذاهنا وفي رواية لا يقع الطلاق الا اذاقبلت الصغيرة لان الاب اذالم يضمن بدل الخلع كان هذاخلعا مع البنت كانه خاطب البنت بذلك فيتوقف على قبولها والاول اصح **قوله** وان خلعها على الف وهي صغيرة على ان الاب ضامن للالف فالخلع واقع والالف عليه ولم يرد بهذا الضمان الكفالة عن الصغيرة لان الزوج لايستحق مالا على الصغيرة فلايكون كفالة ولكن المراد هنا بالضمان التزام المال ابتداء لابجهة الكفالة وان لم يكن الضمان شرطا في الخلع وكان معطوفا لم يصح الخلع والضمان ولم تطلق

لان اشتراط بدل الخلع على الاجنبي صحيح فعلى الاب اولى ولايسقط مهرها لانه لم يدخل تحت ولاية الاب وان شرط الالف عليها توقف على قبولها ان كانت من اهل القبول فان قبلت وقع الطلاق لوجود الشرط ولا يجب المال لانها ليست من اهل الغرامة فان قبله الاب عنها ففيه روايتان

قوله لان اشتراط بدل الخلع على الاجنبي صحيح فعلى الاب اولى، وجه الاولوية ان للاب ولاية التصرف في مال ولده الصغير بيعا وشراء واجارة وابضاعا وايداعا ولاولاية للاجنبي عليه وانما جاز اشتراط بدل الخلع على الاجنبي ولم يجز اشتراط بدل العتق لان الاجنبي بمنزلة المرأة فى الخلع من حيث ان المال يجب على المرأة فى الخلع من غير ان يسلم لها شيء لان الطلاق ازالة لملك المتعة واسقاط لعقد النكاح لان ملك النكاح ضروري يظهر في حق الاسقاط فحسب فلم يحصل لها فى الطلاق شيء ليصير اثباتا فنزل الاجنبي في تحمل ذلك المال منزلتها حيث لا يسلم لكل شيء واما فى العتق فالمال شرع على العبد باداء ما سلم له من القوة اذ هو عبارة عنها يقال عتق الطير اذا قوي وعتقت البكر اذا قربت وادركت فصار الاعتاق اثباتا للقوة الشرعية بعدما كانت معدومة والقوة معنى يثبت فيه فلا يجوز ان يكون هو حاصلا للعبد ثابتا فيه وعوضه مستحق على غيره فصار كالبيع فلا ينزل الاجنبي منزلته في ذلك ولهذا الزمته قيمته فى العتق على الخمر واعتاق احد الشريكين واعتاق الراهن المستعير ولا يقال بانه حصل لها الخلاص عن قيد النكاح وهو نوع قوة فكان كالاعتاق لان الطلاق لرفع النكاح والنكاح يوجب قيدا ولا يسلب المالكية والاعتاق لازالة الرق وهو ثابت فى المحل على الكمال وسلطان المالكية ساقط به فصار الاعتاق اثباتا للقوة بعد العدم والطلاق ازالة للقيد لتعمل القوة عملها فصح انه اسقاط والاعتاق اثبات

قوله ان كانت من اهل القبول بان كانت تعقل العقد وتعبر عن نفسها

وكذاان خالعها على مهرها ولم يضمن المهرتوقف على قبولها فان قبلت طلقت ولايسقط المهر وان قبل الاب عنها فعلى الروايتين وان ضمن الاب المهر وهو الف درهم طلقت لوجود قبوله وهو الشرط ويلزمه خمسمائة استحسانا وفى القياس تلزمه الالف واصله فى الكبيرة اذا اختلعت قبل الدخول على الف ومهرها الف ففى القياس عليها خمسمائة زائدة وفى الاستحسان لاشيء عليها لانه يراد به عادة حاصل مايلزم لها والله اعلم بالصواب ٥

قوله وكذا ان خالعها على مهرها ولم يضمن المهر توقف على قبولها فان قبلت طلقت ولا يسقط المهر وان لم يقبل وقبل الاب عنها هل يقع الطلاق فعلى الروايتين وان ضمن الاب المهر وهو الف طلقت لوجود قبوله وهو الشرط ثم قيل تأويل المسئلة ان خالعها على مال مثل مهرها اما لو خالعها على الصداق لم يجز الخلع اصلا لانه مال مملوك لها وليس للاب ولاية ابطال ملكها باذاء ماليس بمتقوم ولا معتبر بضمانه في ذلك والاصح ان الخلع على مهرها وعلى مال مثل مهرها سواء لانه وان سمى المهر فى الخلع فانما يتناول العقد مثله وضمان الاب اياه صحيح فبعد ذلك ينظر ان كان المهر الف درهم لزمه الالف قياسا ان كان قبل الدخول وفى الاستحسان لزمه خمسمائة ولها على الزوج خمسمائة واصله ان المرأة الكبيرة اذا تزوجت بالف ثم اختلعت بالف قبل الوطيء ففى القياس عليها خمسمائة زائدة وفى الاستحسان لاشيء عليها لان العادة جرت بين الناس انهم يريدون به ما يلزمه لها وبدل الخلع اذا اضيف الى اجنبي شرط قبوله وان اضيف الى المرأة اوالى الغير لكن المرأة خاطبت اولم يضف الى احد شرط قبولها لانها اولى اذ الملك يسقط عنها **قوله** وان قبل الاب عنها ففيه روايتان هذا القبول هو في معنى الشرط في رواية يصح لان هذا نفع محض لان الصغيرة تتخلص عن عهدته بغير مال فصح من الاب كقبول الهبة وفي رواية لا يصح لان هذا القبول بمعنى شرط اليمين وذا لا يحتمل النيابة وهذا اصح والله اعلم ٥

عد

باب الظهار

اذا قال الرجل لامرأته انت علي كظهر امي فقد حرمت عليه لا يحل له وطئها ولا مسها ولا تقبيلها حتى يكفر عن ظهاره لقوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم الى ان قال فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا والظهار كان طلاقا في الجاهلية فقرر الشرع اصله ونقل حكمه الى تحريم موقت بالكفارة غير مزيل للنكاح وهذا لانه جناية لكونه منكرا من القول وزورا

باب الظهار

هو في الشرع عبارة عن تشبيه المنكوحة بامرأة محرمة على التأبيد وركنه انت علي كظهر امي وشرطه ان يكون المشبه منكوحة حتى لا يصح الظهار من امته واهله من هو اهل الكفارة حتى لا يصح ظهار الذمي والصبي وحكمه حرمة الوطي الى غاية الكفارة مع بقاء اصل الملك كما في حال الحيض والاصل فيه قوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم الى قوله فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا نزلت الآية في خولة امرأة اوس بن الصامت رآها وهي تصلي وكانت حسنة الجسم فلما سلمت راودها فابت بغضب فظاهر منها فاتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت ان اوسا تزوجني وانا شابة مرغوبة في فلما خلاسني ونثرت بطني جعلني عليه كامه وروي انها قالت له ان لي صبية صغارا ان ضممتهم اليه ضاعوا وان ضممتهم الي جاعوا فقال عم ما عندي في امرك شيء وروي انه قال لها حرمت عليه فهتفت وشكت الى الله تعالى فنزلت •

قوله والظهار كان طلاقا في الجاهلية فقرر الشرع اصله وهو التحريم ونقل حكمه الى تحريم موقت بالكفارة غير مزيل للنكاح

فتناسب المجازاة عليها بالحرمة وارتفاعها بالكفارة ثم الوطئ اذا حرم حرم بدواعيه كيلا يقع فيه كما في الاحرام بخلاف الحائض والصائم لانه يكثر وجودهما فلو حرم الدواعي يفضي الى الحرج ولا كذلك الظهار والاحرام فان وطئها قبل ان يكفر استغفر الله تعالى ولا شيئ عليه غير الكفارة الاولى ولا يعاود حتى يكفر لقوله صلى الله عليه وسلم للذي واقع في ظهاره قبل الكفارة استغفر الله ولا تعد حتى تكفر ولو كان شيئ آخر واجبا لنبه صلى الله عليه وسلم عليه ٭

قال وهذا اللفظ لا يكون الا ظهارا لانه صريح فيه ولو نوى به الطلاق لا يصح لانه منسوخ فلا يتمكن من الاتيان به واذا قال انت علي كبطن امي او كفخذها او كفرجها فهو مظاهر لان الظهار ليس الا تشبيه المحللة بالمحرمة وهذا المعنى يتحقق في عضو لا يجوز النظر اليه وكذا ان شبهها بمن لا يحل له النظر اليها على التأبيد من محارمه مثل اخته او عمته او امه من الرضاعة لان هن في التحريم المؤبد كالام وكذلك ان قال رأسك علي كظهر امي او فرجك او وجهك او رقبتك او نصفك او ثلثك لانه يعبر بها عن جميع البدن ويثبت الحكم في الشائع ثم يتعدى كما بيناه في الطلاق

قوله فتناسب المجازاة عليها بالحرمة لان تحريم الحلال يصلح جزاء للجناية قال الله تعالى فبظلم من الذين هادوا حرمنا عليهم طيبات احلت لهم ويناسب ان تكون الكفارة رافعة للحرمة لانها حسنة قال الله تعالى ان الحسنات يذهبن السيآت ثم الوطي اذا حرم حرم بدواعيه وقال الشافعي رحمه الله تعالى لا يحرم الدواعي لان التحريم عرف بقوله تعالى من قبل ان يتماسا والتماس في القرآن كناية عن الجماع الا انا نقول التماس حقيقة للمس باليد فهو على الحقيقة حتى يقوم الدليل على المجاز قوله وهذا اللفظ وهو قوله انت علي كظهر امي لا يكون الا ظهارا قال ابو يوسف رحمه الله وكذا لو قالت لزوجها انت علي كظهر امي لانه تحريم يرتفع بالكفارة قوله وكذا ان شبهها بمن لا يحل

ولوقال انت علي مثل امي اوكامي يرجع الى نيته لينكشف حكمه فان قال اردت الكرامة فهوكما قال لان التكريم بالتشبيه فاش في الكلام وان قال اردت الظهار فهو ظهار لانه تشبيه بجميعها وفيه تشبيه بالعضو لكنه ليس بصريح فيفتقر الى النية وان قال اردت الطلاق فهو طلاق بائن لانه تشبيه بالام في الحرمة فكانه قال انت علي حرام ونوى الطلاق وان لم يكن له نية فليس بشيء عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لاحتمال الحمل على الكرامة وقال محمد رحمه الله يكون ظهارا لان التشبيه بعضو منها لما كان ظهارا فالتشبيه بجميعها اولى وان عني به التحريم لاغير فعند ابي يوسف رحمه الله هو ايلاء ليكون الثابت به ادنى الحرمتين وعند محمد رحمه الله ظهار لان كاف التشبيه تختص به ولوقال انت علي حرام كامي ونوى ظهارا او طلاقا فهو على مانوى لانه يحتمل الوجهين الظهار لمكان التشبيه والطلاق لمكان التحريم والتشبيه تأكيد له وان لم تكن له نية فعلى قول ابي يوسف رحمه الله ايلاء وعلى قول محمد رحمه الله تعالى عليه ظهار

له النظر اليها على التأبيد من محارمه بنسب او رضاع او مصاهرة ولو شبهها بظهر اجنبية لايكون مظاهرا لانها تحل له بالعقد ولوقال انت علي كظهر فلانة وهي ام المزني بها او ابنة المزني بها لايصير مظاهرا لان بالزنا لا تثبت حرمة المصاهرة عند الشافعي رحمه الله فتكون حرمته غير قطعية فلايمكن الحاقها بالمنصوص اطلقه في الشافي وفي الكفاية يكون مظاهرا عند ابي يوسف رحمه الله خلافا لمحمد رحمه الله.

قوله ولوقال انت علي مثل امي اوكامي يرجع الى نيته الى قوله وان عني به التحريم لاغير فعند ابي يوسف رحمه الله هو ايلاء ليكون الثابت ادنى الحرمتين اذ الحرمة في اليمين للغير بخلاف الظهار حتى تحل له مباشرتها بعد الايلاء بخلاف الظهار ولان كفارة اليمين

والوجهان بينا هما ولو قال انت علي حرام كظهرامي ونوى به طلاقا اوايلاء لم يكن الاظهارا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هو على ما نوى لان التحريم يحتمل كل ذلك على ما بينا غيران عند محمد رحمه الله اذا نوى الطلاق لا يكون ظهارا وعند ابي يوسف رحمة الله تعالى عليه يكونان جميعا قد عرف في موضعه

ادنى من كفارة الظهار وهذا آية التفاوت في الحرمة ولان حرمة الايلاء ترتفع بالحنث بدون اداء الكفارة وحرمة الظهار لا ترتفع الا باداء الكفارة ولان سبب الحرمة في الظهار منكر من القول والحرمة الثابتة بالايلاء بسبب مشروع في الجملة لان اليمين مشروع في الجملة فاذا كان السبب اقوى في الحرمة كان الحكم اقوى ضرورة *

قوله والوجهان بيناهما وهو ما قال ابو يوسف رحمه الله في قوله انت علي مثل امي ونوى التحريم لاغير يكون ايلاء ليكون الثابت ادنى الحرمتين وعند محمد رحمه الله ظهار لان كاف التشبيه يختص به **قوله** وعند ابي يوسف رحمه الله يكونان جميعا اي يقع الطلاق بنيته و يكون مظاهرا بالتصريح بالظهار ولا يصدق في القضاء في صرف الكلام عن ظاهره بمنزلة قوله زينب طالق وله امرأة معروفة بهذا الاسم فقال لي امرأة اخرى واياها عينت يقع الطلاق على تلك بنيته وعلى هذه المعروفة بالظاهر ولكن هذا ضعيف فان الطلاق ان وقع بقوله انت علي حرام كان متكلما بلفظ الظهار بعد ما بانت والظهار بعد البينونة لا يصح وان قال الظهار مع الطلاق يثبت بقوله انت علي حرام قلنا اللفظ الواحد لا يحتمل معنيين مختلفين كذا في المبسوط وذكر في الفوائد الظهيرية جواب ابي يوسف عن هذا فقال جاز ان يصح ظهار المبانة على قوله وكان هذا رواية منه على صحة ظهار المبانة *

ولابي حنيفة رحمه الله انه صريح في الظهار فلا يحتمل غيره ثم هو محكم فيرد التحريم اليه

قال ولا يكون الظهار الا من الزوجة حتى لو ظاهر من امته لم يكن مظاهرا لقوله تعالى

من نسائهم ولان الحل في الامة تابع فلا تلحق بالمنكوحة ولان الظهار منقول عن الطلاق

ولا طلاق في المملوكة فان تزوج امرأة بغير امرها ثم ظاهر منها ثم اجازت النكاح

فالظهار باطل لانه صادق في التشبيه وقت التصرف فلم يكن منكرا من القول وزورا

قوله ولابي حنيفة رحمه الله انه صريح في الظهار فلا يحتمل غيره لان معنى قوله انت

علي كظهر امي انت علي حرام كظهر امي فيكون الحرام تفسيرا للظهار والشيء لا يتغير

بتفسيره كذا في مبسوط شيخ الاسلام رحمه الله **قوله** ثم هو محكم وهذا الان

الحرمات انواع حرمة الايلاء وحرمة الطلاق وحرمة الظهار وقد ترجحت حرمة

الظهار على ما عداها بالتشبيه بظهر الام فكان القول محكما في حرمة الظهار فيحمل

المحتمل على المحكم بخلاف ما اذا قال انت علي حرام كامي حيث تصح نية الطلاق

لان الظهار مفسر بقوله انت علي كظهر امي ولا يكون مفسرا في الظهار في الاول

دون الثاني الاترى انه لو صح نية الطلاق في قوله انت علي كظهر امي يلزم رد حكم

النص لان هذا القائل داخل تحت قوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم **قوله** ولان

الحل في الامة تابع فلا تلحق بالمنكوحة وهذا الان حرمة الظهار عرف بنص القرآن

معلولا بقوله منكرا من القول وزورا باعتبار ان النكاح شرع لافادة حل الوطيء الذي هو

سبب التوالد والتناسل فكانت الزوجية في اعلى درجات الحل بحيث لا يجوز تخلف الحل

عنها فلما شبهه التي في اعلى درجات الحل بمن هي في اعلى درجات الحرمة كان

منكرا من القول وزورا والحل في الامة تابع ولا يكون مقصودا ولهذا جاز تخلف الحل

والظهار ليس بحق من حقوقه حتى يتوقف بخلاف اعتاق المشتري من الغاصب لانه من حقوق الملك ومن قال لنسائه انتن علي كظهر امي كان مظاهرا منهن جميعا لانه اضاف الظهار اليهن فصار كما اذا اضاف الطلاق وعليه لكل واحدة كفارة لان الحرمة ثبتت في حق كل واحدة والكفارة لانهاء الحرمة فيتعدد بتعددها بخلاف الايلاء منهن لان الكفارة فيه لصيانة حرمة اسم الله ولم يتعدد ذكر الاسم والله تعالى اعلم بالصواب *

عن ملك اليمين فلم يكن تشبيهها بالام في كونه منكرا مثل تشبيه المنكوحة بالام فلم تلحق بالمنكوحة في حكم النص *

قوله والظهار ليس بحق من حقوقه وهذا لان الظهار مثبت للحرمة والنكاح مثبت للحل وبينهما تناف وكذا النكاح مشروع والظهار محرم فلا يصلح ان يكون غير المشروع من حقوق المشروع وتوابعه **قوله** بخلاف اعتاق المشتري من الغاصب لانه من حقوق الملك وهذا لان حق الملك ما يتأكد به الملك والملك يتأكد بالاعتاق لانه ينتهي به والشيء بانتهائه يتقرر ويتأكد ولهذا يثبت له الولاء **قوله** بخلاف الايلاء منهن بان قال والله لا اقربكن فانه اذا لم يقربهن حتى مضت اربعة اشهر طلقن جميعا واما اذا قرب الكل قبل مضي المدة تجب عليه كفارة واحدة لان ذكر الله تعالى لم يتعدد لانه قال مرة واحدة والله لا اقربكن والله تعالى اعلم بالصواب *

فصل فى الكفارة

قال وكفارة الظهار عتق رقبة فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين فان لم يستطع فاطعام ستين مسكينا للنص الوارد فيه فانه يفيد الكفارة على هذا الترتيب **قال** وكل ذلك قبل المسيس وهذا فى الاعتاق والصوم ظاهر للتنصيص عليه وكذا فى الاطعام لان الكفارة فيه منهية للحرمة فلا بد من تقديمها على الوطئ ليكون الوطئ حلالا ٭

قال وتجزي فى العتق الرقبة الكافرة والمسلمة والذكر والانثى والصغير والكبير لان اسم الرقبة ينطلق على هؤلاء اذهي عبارة عن الذات المرقوق المملوك من كل وجه والشافعي رحمة الله تعالى عليه يخالفنا فى الكافرة ويقول الكفارة حق الله تعالى فلايجوز صرفها الى عدو الله تعالى كالزكوة ونحن نقول المنصوص عليه اعتاق الرقبة

فصل فى الكفارة

قوله قال وكفارة الظهار عتق رقبة اي اعتاقها فان العتق ينوب عن الكفارة الاترى انه لوورث اباه ونوى الكفارة لاتخرج عن عهدتها **قوله** وتجزي فى العتق الرقبة الكافرة وعند بعض المشايخ رحمهم الله لايجوز اعتاق المرتد عن الكفارة لانه بالردة صار حربيا ولهذا احل قتله وصرف الكفارة الى الحربي لا يجوز **قوله** اذهي عبارة عن الذات المرقوق المملوك من كل وجه وقوله من كل وجه يتعلق بالمرقوق لان المدبر لايجوز لنقصان رقه والمكاتب الذي لم يؤد شيئا يجوز لكمال رقه وان لم يكن مملوكا من كل وجه **قوله** ونحن نقول المنصوص عليه اي اعتاق الرقبة وقد تحقق فان قيل امر بتحرير رقبة وهي نكرة

وقد تحقق وقصده من الاعتاق تمكينه من الطاعة ثم مقارفته المعصية يحال به الى سوء اختياره ولا تجزي العمياء ولا المقطوعة اليدين او الرجلين لان الفائت جنس المنفعة وهو البصر او البطش او المشي وهو المانع اما اذا اختلت المنفعة فهو غير مانع حتى تجوز العوراء ومقطوعة احدى اليدين واحدى الرجلين من خلاف لانه ما فات جنس المنفعة بل اختلت بخلاف ما اذا كانتا مقطوعتين من جانب واحد حيث لا يجوز لفوات جنس منفعة المشي اذ هو عليه متعذر ويجوز الاصم والقياس ان لا يجوز وهو رواية النوادر لان الفائت جنس المنفعة الا انا استحسنا الجواز لان اصل المنفعة باق فانه اذا صيح عليه يسمع حتى لو كان بحال لا يسمع اصلا بان ولد اصم وهو الاخرس لا يجزيه ولا يجوز مقطوع ابهام اليدين لان قوة البطش بهما فبفواتهما يفوت جنس المنفعة ولا يجوز المجنون الذي لا يعقل لان الانتفاع بالجوارح لا يكون الا بالعقل فكان فائت المنافع

فيخص في الاثبات وقد ارتدت بها المؤمنة فبطلت الكافرة لان الكفر والايمان ضدان قلنا جواز المؤمنة لانها رقبة لا لانها مؤمنة الا ترى انا نجوز الصغيرة والكبيرة وبين صفتي الصغر والكبر تضاد •

قوله وقصده من الاعتاق تمكينه من الطاعة جواب عن قوله الكفارة حق الله فلا يجوز صرفها الى عدوه قلنا قصد المكفر ان يتمكن من الطاعات نحو الزكوة والحج والجهاد والقضاء والشهادة ثم مقارفة العبد المعصية تضاف الى سوء اختيار العبد فلا يخل ذلك بمقصود المكفر فان قيل قال الله تعالى ولا تيمموا الخبيث منه تنفقون نهي ان يطلب التقرب بالخبيث ولا خبث اشد من الكفر قلنا الكفر خبث من خبث الاعتقاد والمصروف الى الكفارة المالية ومن حيث المالية هو عيب يسير على شرف الزوال **قوله** حتى تجوز العوراء

والذي يجن ويفيق يجزيه لان الاختلال غير مانع ولايجزي عتق المد بروام الولد لاستحقاقهما الحرية بجهته فكان الرق فيهما ناقصا وكذا المكاتب الذي ادى بعض المال لان اعتاقه يكون ببدل وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يجزيه لقيام الرق من كل وجه ولهذا تقبل الكتابة الانفساخ بخلاف امومية الولد والتدبير لانهما لا يحتملان الانفساخ فان اعتق مكاتبا لم يؤد شيئا جاز خلافا للشافعي رح له انه استحق الحرية بجهة الكتابة

وقال الشافعي رحمه الله تعالى لايجوز لانها ناقصة نقصانا لاترجي زواله فكانت كالعمياء والاصل عنده ان كل عيب لايرجى زواله يكون فاحشا يمنع جوازا لتكفير به وكل عيب يرجى زواله يكون يسيرا لايمنع جواز التكفير به كالحمى والشجة ويجزى الخصي ومقطوع الاذنين ومقطوع المذاكير عندنا خلافا لزفر رحمه الله هو يقول فات جنس المنفعة ولهذا يجب كمال الدية قلنا بعد الاذنين الشاخصتين السمع باق وانما يفوت ماهو زينة وجمال فلا يصير الرقبة مستهلكة كفوت شعر الحاجبين واللحية وفي الخصي ومقطوع المذاكير انما تفوت منفعة النسل وهي زائدة على مايطلب من المماليك ه

قوله والذي يجن ويفيق يجزيه يريدبه اذا اعتقه في حال افاقته وروى ابراهيم عن محمد رحمه الله تعالى اذا اعتق عبدا حلال الدم قدقضي بدمه عن ظهاره ثم عفي عنه لم يجز كذا في المحيط **قوله** ولايجزي عتق المدبر وام الولد لان المنصوص عليه الرقبة وذلك اسم للذات حقيقة وللذات المرقوقة عرفا وقد دل على الرق قوله تعالى فتحرير رقبة فيقتضي قيام الرق مطلقا وبالاستيلاد يتمكن النقصان فى الرق حتى لايعود الى الحالة الاولى بحال ولان قوله تعالى فتحرير رقبة يقتضي انشاء العتق من كل وجه واعتاق ام الولد تعجيل لماصار مستحقا لها فلايكون انشاء من كل وجه هكذا فى المبسوط

فاشبه المدبر ولنا ان الرق قائم من كل وجه على ما بينا ولقوله صلى الله عليه وسلم المكاتب عبد ما بقي عليه درهم

وانما صار العتق ناقصا بنقصان الرق لان العتق ضد الرق لاضد الملك لان الملك ثابت فى الثياب ولايثبت العتق فيها والاعتاق ازالة الرق واثبات القوة فكماله بكمال الرق ازا لضعف الحكمي فان قيل الاعتاق ازالة الملك عند ابي حنيفة رحمه الله والملك فيهما كامل فنقصان الرق لا يمنع كمال الاعتاق قلنا هذه الرواية ممنوعة وبعد التسليم الاعتاق ازالة الملك المستلزمة لزوال الرق وانما كان اعتاقا لزوال الرق لالزوال الملك بدليل انه لايتصور الاعتاق بدون رق المحل ولوكان الاعتاق ازالة الملك لوجب ان يصح في مملوك لارق فيه ٭

قوله فاشبه المدبر اي على مذهبكم فعند الشافعي رحمه الله تعالى بيع المدبر جائز فكيف لا يجوز اعتاقه من الكفارة فكان هذا منه استدلالا بمذهبنا احتجاجا علينا

قوله ولنا ان الرق قائم من كل وجه على ما بينا وهو قوله ولهذا تقبل الكتابة الانفساخ ولا يتمكن النقصان في رقه ولايصير العتق مستحقا له بسبب الكتابة لان حكم العتق فى الكتابة متعلق بشرط الاداء ولوعلق عتقه بشرط آخر لم يثبت به الاستحقاق فكذلك بهذا الشرط بل اولى لان التعليق بسائر الشروط يمنع الفسخ وبهذا الشرط لا يمنع ولو تمكن نقصان في رقه لماتصور فسخه واعادته الى الحالة الاولى لان نقصان الرق بثبوت الحرية من وجه وكما ان ثبوت الحرية من كل وجه لا يحتمل الفسخ فكذا ثبوتها من وجه لان حق العتق لايحتمل الفسخ كحقيقته كالتدبير والاستيلاد بخلاف المكاتب الذي ادى بعض البدل لانه تحرير بعوض وبه لايتأدى الكفارة لانها عبادة فلابد ان يكون خالصة لله تعالى ومتى كان بعوض لم يكن خالصا لانه يكون تجارة ٭

والكتابة لا تنافيه فانه فك الحجر بمنزلة الاذن فى التجارة الا انه بعوض فيلزم من جانبه ولوكان ما نعاينفسخ مقتضى الاعتاق اذهو يحتمله الا انه تسلم له الاكساب والاولاد لان العتق في حق المحل بجهة الكتابة اولان الفسخ ضروري لا يظهر في حق الولد والكسب وان اشترى اباه اوابنه ينوي بالشراء الكفارة جاز عنها وقال الشافعي رحمه الله تعالى عليه لا يجوز وعلى هذا الخلاف كفارة اليمين والمسئلة تأتيك فى كتاب الايمان ان شاء الله تعالى

قوله والكتابة لا تنافيه اي لا تنافى الرق لان موجب الكتابة فك الحجر في حق المكاسب وذا لا يتمكن نقصانا في رقه كالاذن فى التجارة وانما لم يستبد المولى بالفسخ لانه فك بعوض فيكون لازما والمكاسب غير الرقبة والتصرف فيها لازما وغير لازم لا يمكن نقصانا فى الرق والملك كالاعارة والاجارة وبسبب اللزوم يمتنع على المولى التصرف فيه ويلزمه العقر والارش لان ذا يرجع الى المكاسب والمنافع وهي مستحقة له فاذا لم يكن نقصانا فى الرق لا يمنع من التحرير للتكفير لانه ازالة الرق ولئن كان ما نعا منه ينفسخ ضمنا للاعتاق لانه قابل للفسخ برضى المكاتب وقد وجد الرضا هنا دلالة لانه لما رضي بحصول العتق ببدل لان يرضى بحصوله بلا بدل اولى **قوله** الا انه يسلم له الاكساب جواب سؤال بان يقال لو انفسخت الكتابة لما سلمت له الاكساب والاولاد لان سلامتها موجب حصول العتق بجهة الكتابة قلنا انما سلم له الاكساب والاولاد لانه عتق وهو مكاتب لا لانه عتق بجهة الكتابة كما لوكانت ام ولده ثم مات المولى عتقت بجهة الاستيلاد ويسلم لها الاكساب والاولاد وهذا لان العتق فى المكاتب واحد والاعتاق من المولى يختلف جهاته وفيما يرجع الى حق المكاتب جعل هذا ذلك العتق لكونه متحدا وفي حق المولى يجعل اعتاقا بجهة الكفارة لانه قصد ذلك وهو كالمرأة

فان اعتق نصف عبد مشترك وهو موسر وضمن قيمة باقيه لم يجز عند ابي حنيفة رح ويجوز عندهما لانه يملك نصيب صاحبه بالضمان فصار معتقا كل العبد عن الكفارة وهو ملكه بخلاف ما اذا كان المعتق معسرا لانه وجب عليه السعاية في نصيب الشريك فيكون اعتاقا بعوض ولابي حنيفة رحمه الله ان نصيب صاحبه ينتقص على ملكه ثم يتحول اليه بالضمان ومثله يمنع الكفارة وان اعتق نصف عبده عن كفارته ثم اعتق باقيه عنها جاز لانه اعتقه بكلامين والنقصان متمكن على ملكه بسبب الاعتاق بجهة الكفارة ومثله غير مانع كمن اضجع شاة للاضحية فاصاب السكين عينها بخلاف ما تقدم لان النقصان تمكن على ملك الشريك وهذا على اصل ابي حنيفة رحمه الله واما عندهما الاعتاق لا يتجزى فاعتاق النصف اعتاق الكل فلا يكون اعتاقا بكلامين وان اعتق نصف عبده عن كفارته ثم جامع التي ظاهر منها ثم اعتق باقيه لم يجز عند ابي حنيفة رحمه الله لان الاعتاق يتجزى عنده وشرط الاعتاق ان يكون قبل المسيس بالنص واعتاق النصف حصل بعده وعندهما اعتاق النصف اعتاق الكل فحصل الكل قبل المسيس واذا لم يجد المظاهر ما يعتق

اذا وهبت الصداق للزوج قبل القبض ثم طلقها قبل الدخول لايرجع عليها بشيء ويجعل هبتها في حق الزوج تحصيلا لمقصود الزوج عند الطلاق وفي حقها يجعل تمليكا بهبة مبتدأة كذا في المبسوط اونقول الفسخ ضروري والثابت بضرورة يتقدر بقدرها فيظهر في حق جواز التحرير للتكفير لا في حق الاولاد والاكساب لانه لا دلالة على الرضاء فيهما فان قيل الملك انتقص بالكتابة حتى لا يدخل تحت المملوك المطلق قلنا الملك غير منصوص عليه وانما شرط الملك ضرورة ان العتق لاينفذ الا فيه فشرط بقدر ما يتأدى به الضرورة وهو ملك الرقبة لا المنفعة وهذا لان الاعتاق لازالة الرق وملك الرقبة فكما له بكما لهما وهما كاملان للمامر وانما خرج عن ملك اليد والاعتاق لايتصل به •

قوله فان اعتق نصف عبد مشترك الى قوله بخلاف ما اذا كان معسرا حيث لايجوز بالاتفاق

فكفارته صوم شهرين متتابعين ليس فيهما شهر رمضان ولا يوم الفطر ولا يوم النحر ولا ايام التشريق اما التتابع فلانه منصوص عليه وشهر رمضان لايقع عن الظهار لمافيه من ابطال ما اوجبه الله والصوم في هذه الايام منهي عنه فلا ينوب عن الواجب الكامل فان جامع التي ظاهر منها في خلال الشهرين ليلا عامدا اونهارا ناسيا استانف الصوم عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابويوسف رحمه الله لا يستأنف لانه لايمنع التتابع اذ لا يفسد به الصوم وهو الشرط وان كان تقديمه على المسيس شرطا ففيما ذهبنا اليه تقديم البعض وفيما قلتم تاخير الكل عنه

وكان ينبغي ان يجوز عندهما لان الاعتاق لايتجزى عندهما فيكون حرا مديونا لكن لما وجب عليه السعاية في نصيب شريكه كان اعتاقا بعوض فلا يجوز عن الكفارة ولا يجب عليه شيء اذا كان المعتق موسرا وقد عتق الكل لان الاعتاق لايتجزى عندهما ولابي حنيفة رحمه الله ان الاعتاق يتجزى فانما عتق نصيبه في الابتداء ونصف الرقبة ليس برقبة وقد تمكن النقصان في النصف الآخر لتعذر استدامة الرق فيه وهذا النقصان وقع في ملك شريكه وليس من الاداء اذ لا اداء قبل الملك وبالضمان صار ملكه ناقصا ومثله يمنع التكفير كالتدبير وصار كانه اعتق مبدأ الا شيئا منه فان قيل المضمونات تملك عند اداء الضمان مستندا الى وقت وجود السبب فصار نصيب الساكت ملكا للمعتق زمان الاعتاق فكان النقصان في ملكه لا في ملك شريكه قلنا الملك في المضمون يثبت بصفة الاستناد في حق الضامن والمضمون له لا في حق غيرهما فيتمكن النقصان في نصيب الساكت في حق غيرهما والكفارة غيرهما فلم يجزه **قوله** فكفارته صوم شهرين متتابعين فان صام شهرين بالاهلة جاز وان كان كل شهر تسعة وعشرين يوما وان صام بغير الاهلة ثم افطر لتمام تسعة وخمسين يوما فعليه الاستيناف **قوله** ليس فيهما شهر رمضان ولا يوم الفطر ولا يوم النحر ولا ايام التشريق وينقطع التتابع بتخلل هذه الايام **قوله** ليلا عامدا ليس بقيد لان العمد

ولهما ان الشرط في الصوم ان يكون قبل المسيس و ان يكون خاليا عنه ضرورة بالنص وهذا الشرط ينعدم به فيستانف وان افطر منها يوما بعذر او بغير عذر استانف لفوات التتابع وهو قادر عليه عادة

والنسيان في الليل سواء وقد نص عليه في شرح الطحاوي فقال ولو جامعها بالليل ناسيا او عامدا وقوله او نهارا ناسيا احتراز عن العمد فانه اذا جامعها بالنهار عامدا فسد صومه وانقطع التتابع فيجب عليه الاستيناف بالاتفاق لانقطاع التتابع وقال ابو يوسف رحمه الله لا يستانف لانه لا يمنع التتابع اذ لا يفسد به الصوم وهو الشرط ٭

قوله ولهما ان الشرط في الصوم ان يكون قبل المسيس وان يكون خاليا عنه ضرورة بالنص يعني ان الواجب عليه صوم شهرين متتابعين قبل التماس ومن ضرورة كونهما قبله اخلاؤهما عنه فاذا وطئها فقد تعذر صومهما قبل التماس ولم يتعذر اخلاؤهما عنه وبان سقط عنه احد الشرطين لعذر لا يسقط عنه الآخر وقد امكن اعتباره فان قيل الخلو عن المسيس ثبت ضمنا لاشتراط القبلية وقد سقط اعتبارها في هذه المسئلة فسقط ما في ضمنها قلنا لم يسقط اعتبارها في هذه المسئلة فان الحكم لا يتبدل بمعصية العبد بل الكفارة بعد ما جامعها مشروطة بشروطها الا انه لا يؤخذ بفعل عجز عن اقامته كما لا تؤخذ المرأة بالتتابع ايام الحيض في صوم شهرين متتابعين لا بسقوط شرط التتابع بل لعجزها عن الاقامة مع قيام الخطاب حتى لزمها اقامة التتابع بسائر الوجوه التي يقدر عليها ولما كان شرط القبلية قائما بقي ما في ضمنه من الخلو والسقوط كان بالعجز فسقط ما عجز عنه دون ما قدر عليه كالمرأة في اقامة شرط التتابع كذا في الاسرار وذكر في شرح الطحاوي ان المرأة اذا صامت عن كفارة الافطار وكفارة القتل فحاضت في خلال ذلك فانها لا تستقبل الصيام ولكنها تصل ايام القضاء بعد الحيض لانها معذورة لا تجد صوم شهرين متتابعين لا حيض فيهما ولو نفست استقبلت ولو افطرت يوما بعد

وان ظاهر العبد لم يجزه فى الكفارة الا الصوم لانه لا ملك له فلم يكن من اهل التكفير بالمال وان اعتق المولى او اطعم عنه لم يجزه لانه ليس من اهل الملك فلا يصير مالكا بتمليكه واذا لم يستطع المظاهر الصيام اطعم ستين مسكينا لقوله تعالى فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا ويطعم كل مسكين نصف صاع من بر او صاعا من تمر او شعير او قيمة ذلك لقوله عليه السلام في حديث اوس بن الصامت وسهل بن صخر لكل مسكين نصف صاع من بر ولان المعتبر دفع حاجة اليوم لكل مسكين فيعتبر بصدقة الفطر وقوله او قيمة ذلك مذهبنا وقد ذكرناه فى الزكوة فان اعطى منامن بر او منوين من تمر او شعير جاز

الحيض يستقبل ولو كانت تصوم عن كفارة اليمين فحاضت في خلال ذلك فانها تستقبل الصيام لانها تجد صوم ثلثة ايام لا حيض فيها ولو صام شهرين متتابعين ثم قدر علي الاعتاق قبل غروب الشمس في آخر ذلك اليوم يجب عليه العتق ويكون صومه تطوعا لانه قدر علي المبدل قبل حصول المقصود بالبدل فانتقض حكم البدل كالمتيمم اذا وجد الماء قبل الفراغ من الصلوة والافضل ان يتم صوم هذا اليوم ولو لم يتمه وافطر لا يجب عليه القضاء عندنا وقال زفر رحمه الله يجب عليه القضاء ولو قدر علي الاعتاق بعد غروب الشمس في آخر اليوم جاز صومه عن كفارته *

قوله وان ظاهر العبد الى قوله فلا يصير مالكا بتمليكه فان قيل ينبغي ان يثبت العتق في ضمنه اقتضاء قلنا انما يصح ذلك ان لو كان تبعا والعتق اصل الاهلية فلا تثبت اقتضاء

قوله او قيمة ذلك اي من غير الاعداد المنصوصة مطلقا واما فى الاعداد المنصوصة فلا يجوز اداؤ ها قيمة اذا كانت اقل قدرا مما قدره الشرع وان كانت اكثر من الآخر او مثله قيمة حتى لو ادى نصف صاع من تمر جيد يبلغ نصف صاع من حنطة لا يجوز وكذا لو ادى اقل من نصف صاع حنطة تبلغ صاعا من تمر او شعير لا يجوز والاصل فيه

لحصول المقصود اذا لجنس متحد

ان كل جنس هومنصوص عليه من الطعام لايكون بدلاعن جنس آخره ومنصوص عليه وان كان فى القيمة اكثر كذافى المحيط وهذا لانه لا اعتبار لمعنى النص فى المنصوص عليه وانما الاعتبار له في غيرالمنصوص عليه فان قيل يشكل على هذا ما لوكساعشر مساكين ثوبا واحدا في كفارة اليمين جاز عن الطعام اذا كان قيمة نصيب كل واحد منهم مثل قيمة الطعام قلنالايرد علينا ذلک لان المنصوص عليه هنا لك فى الكسوة والكسوة ما يحصل به الاكتساء وبعشرالثوب لا يحصل ذلك لكل مسكين فلم يكن المؤدى منصوصا عليه فيعتبرا لمعنى فيه فكان هذا اطرد الانقضاء لانا قلنا ان اعتبار معنى النص في غيرموضع النص وهذا في غيرموضعه لما قلنا فيجوز ولان المقصود بالكسوة غيرالمقصود بالطعام فللمغايرة تجوز اقامة احدهما مقام الآخر والمقصود باصناف الطعام واحد واعتبار عين المؤدى فيه اولى كذا في المبسوط •

قوله لحصول المقصود اذا لجنس متحد اي من حيث الاطعام ورد الجوعة لان المقصود من البر والتمر والشعير الاطعام فيجوز تكميل احدهما بالآخر وانما علل هنا باتحاد الجنس لانه اذا اختلف الجنس لايجوز تكميل احدهما بالآخر حتى انه اذا اطعم خمسة مساكين في كفارة اليمين بطريق الاباحة وكسا خمسة مساكين والكسوة ارخص من الطعام لم تجزه لان المقصود بالكسوة غيرالمقصود بالطعام الا ترى ان الاباحة تجوز في احدهما دون الآخر ولوجوزنا النصف من كل واحد منهما كان نوعا رابعا والمنصوص عليه ثلثة انواع لا غير ذكره في ايمان المبسوط واما اذا اعتق نصف رقبة وصام شهرا اواطعم ثلثين مسكينا لايجوز لان نصف الرقبة ليس برقبة واكمال الاصل بالبدل غيرممكن فانهما لايجتمعان فكيف يتحقق اكمال احدهما بالآخر فان قيل يشكل على قوله اذ الجنس متحد ما اذا اعتق نصف رقبتين بان كان

وان امر غيره ان يطعم عنه من ظهاره ففعل اجزاه لانه استقراض معنى والفقير قابض له اولا ثم لنفسه فيتحقق تملكه ثم تمليكه فان غداهم وعشاهم جاز قليلا كان ما اكلوا او كثيرا

بينه وبين شريكه عبدان فاعتق نصيبه منهما لا يجوز عن الكفارة مع ان الجنس متحد من حيث الاعتاق قلنا انما لا يجوز لان نصف الرقبتين ليس برقبة والشركة في كل رقبة تمنع التكفير بخلاف الاضحية فان الرجلين لو ذبحا شاتين بينهما عن اضحيتهما جاز لان الشركة لا تمنع الاضحية كما في البدنة ٭

قوله وان امر غيره ان يطعم عنه من ظهاره ففعل اجزاه لانه استقراض معنى وفي الكافي وان امر غيره ان يطعم عنه من ظهاره ففعل جاز لانه صار مملوكا منه اقتضاء وقد وجد القبض المتمم للتمليك وهو قبض الفقير لانه يقبض له اولا نيابة عن الآمر ثم لنفسه فيتحقق تملكه ثم تمليكه منه كما لو امره صريحا بالقبض فقبضه ثم امره بان يصرفه الى نفسه كفارة ولا يكون للمأمور ان يرجع على الآمر في ظاهر الرواية لانه يحتمل القرض والهبة فلا يرجع بالشك وعن ابي يوسف رحمه الله انه يرجع لان الكفارة كانت دينا عليه فاعتبرت بديون العباد وقوله في الكتاب لانه استقراض معنى وقع على قول ابي يوسف رحمه الله **قوله** فان غداهم وعشاهم الرواية بالواو وعشاهم لا باو لان احدهما لا يجزي وفي الكافي للعلامة النسفي رحمه الله وفي بعض نسخ الهداية فان غداهم او عشاهم اراد به غداهم غدائين او عشاهم عشائين وفي المبسوط المعتبر في التمكين اكلتان مشبعتان اما الغداء والعشاء واما الغدآن او عشاآن لكل مسكين فان المعتبر حاجة اليوم وذلك بالغداء والعشاء وفي المجرد عن ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه اذا غدا ستين مسكينا وعشا آخرين لا يجوز ذكره في المحيط **قوله** قليلا اكلوا او كثيرا اي بعد ما شبعوا فالمعتبر فيه الشبع لا المقدار

وقال الشافعي رحمه الله تعالى لا يجزيه الا التمليک اعتبارا بالزکوة وصدقة الفطر وهذا لان التمليك ادفع للحاجة فلا تنوب منابه الاباحة ولنا ان المنصوص عليه هو الاطعام وهو حقيقة فی التمكين من الطعم وفی الاباحة ذلك كما في التمليک اما الواجب فی الزکوة الايتاء وفي صدقة الفطر الاداء وهما للتمليک حقيقة ولو كان فيمن عشاهم صبي فطيم لا يجزيه لانه لا يستوفي كاملا لا بد من الادام في خبز الشعير ليمكنه الاستيفاء الى الشبع وفي خبز الحنطة لا يشترط الادام

قوله وقال الشافعي رحمه الله تعالى لا يجزيه الا التمليک والاصل ان الاباحة تصح فی الكفارات كفارة الظهار والافطار واليمين وجزاء الصيد والفدية دون الصدقات كالزکوة وصدقة الفطرة والحلق عن الاذى والعشر فانه يشترط فيه التمليک والضابط ان ماشرع بلفظ الاطعام والطعام تجوز فيه الاباحة وما شرع بلفظ الايتاء والاداء يشترط فيه التمليک وقال الشافعي رحمه الله يشترط التمليک فی الكفارات ايضا اعتبارا بالكسوة فانه لو اعار ثيابا للمساكين فلبسوا بنية الكفارة لا يجوز والجامع انه احد انواع التكفير اعتبارا بالصدقات وهذا لان الاطعام يذكر للتمليک عرفا يقول الرجل لغيره اطعمتک هذا الطعام اي ملكتكه والغرض دفع حاجة الفقير والتمليک ادفع لحاجته واغناؤه وذا يحصل بالتمليک دون التمكين ولنا ان المنصوص عليه الطعام وحقيقة ذلك فی التمكين من الطعام اذ الاطعام فعل متعد لازمه طعم اي اكل فالاطعام جعله آكلا كسائر افعال تعدت بالهمزة فاذا لم يكن مطاوعة ملكا لم يكن متعدية تمليكا فمن شرط التمليک فقد زاد على النص فان قيل الاطعام لا يخلوا اما ان يكون حقيقة للتمليک والاباحة او تكون حقيقة لاحدهما مجازا للآخر او يكون مجازا لهما واياما كان لا تكون الاباحة مرادة لئلا يلزم

وان اعطى مسكينا واحدا ستين يوما اجزاه وان اعطاه في يوم واحد لم يجزه الا عن يومه لان المقصود سد خلة المحتاج والحاجة تتجدد في كل يوم فالدفع اليه فى اليوم الثاني كالدفع الى غيره

تعميم المشترك اوالجمع بين الحقيقة والمجاز اذ التمليك مراد اجماعا قلنا انما جاز التمليك عندنا بدلالة النص والعمل بدلالة النص لايمنع العمل بحقيقته الا ترى ان شتم الوالدين حرام بدلالة النص واصله قائم ووجه الدلالة ان الاباحة جزء من التمليك تقديرا لان حوائج المساكين كثيرة والملك سبب لقضائها فصار التمليك كقضائها كلها والاكل من هذه الحوائج فتناول النص جزءها فصحت تعديته الى كلها لاشتماله على المنصوص عليه وغيره فيكون عملا بالنص معنى بخلاف الكسوة فان النص ثمه تناول التمليك لانه جعل الثوب هناك كفارة اذ الكسوة اسم للثوب فيوجب التكفير بعين الثوب وانما يكون كذلك بالتمليك دون الا لانها تصرف فى المنفعة فكان النص ثمه واقعا على التمليك الذي هو قضاء الحوائج فلم تصح تعديته الى جزئها وهو الاباحة وبخلاف الصدقات فان الواجب ثمه الايتاء والاداء وهما ينبيان عن التمليك واما صدقة الحلق على الاذى فعند محمد رحمة الله تعالى عليه يشترط فيها التمليك لان المنصوص عليه الصدقة فينصرف الى التمليك كصدقة الفطر وعند ابي يوسف رحمة الله تعالى عليه تجوز فيها الاباحة لانها كفارة فاعتبرت بسائر الكفارات ٭

قوله فان اعطى مسكينا واحدا ستين يوما اجزاه وقال الشافعي رحمة الله تعالى عليه لا يجوز

وهذا في الاباحة من غير خلاف واما التمليك من مسكين واحد في يوم واحد بدفعات فقد قيل لا يجزيه وقد قيل يجزيه لان الحاجة الى التمليك تتجدد في يوم واحد بخلاف ما اذا دفع بدفعة واحدة لان التفريق واجب بالنص وان قرب التي ظاهر منها في خلال الاطعام لم يستأنف لانه تعالى ماشرط في الاطعام ان يكون قبل المسيس الا انه يمنع من المسيس قبله لانه ربما يقدر على الاعتاق او الصوم فيقعان بعد المسيس والمنع لمعنى في غيره لا يعدم المشروعية في نفسه واذا اطعم عن ظهارين ستين مسكينا كل مسكين صاعا من بر لم يجزه الاعن واحد منهما عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله تعالى وقال محمد رحمة الله تعالى عليه يجزيه عنهما وان اطعم ذلك عن افطار وظهار اجزاه عنهما له ان بالمؤدى وفاء بهما والمصروف اليه محل لهما فيقع عنهما كما لو اختلف السبب او فرق في الدفع

قوله وهذا في الاباحة من غير خلاف واما التمليك من مسكين واحد في يوم واحد بدفعات فقد قيل لا يجزيه وذكر في المحيط وهو الصحيح لانه بعد ما استوفى وظيفته في هذا اليوم لا يحصل سد خلته تصرف وظيفة اخرى في هذا اليوم اليه بخلاف كفارة اخرى لان المستوفى في حكم تلك الكفارة كالمعدوم وبخلاف الثوب لان تجدد الحاجة اليه يختلف احوال الناس فيه فلا يمكن تعليق الحكم بعينه لتعذر الوقوف عليه فيقام تجدد الايام فيه مقام تجدد الحاجة تيسيرا وقد قيل يجزيه لان الحاجة بطريق التمليك ليس لها نهاية فاذا فرق الدفعات جاز ذلك في يوم واحد كما يجوز في الايام بخلاف ما اذا دفع بدفعة واحدة لان الواجب عليه تفريق الفعل بالنص فاذا جمع لا يجزيه الا عن واحد كالحاج اذا رمى الحصيات السبع دفعة واحدة كذا في المبسوط

ط

ولهما ان النية فى الجنس الواحد لغو وفى الجنسين معتبرة واذا لغت النية فالمؤدى يصلح كفارة واحدة لان نصف الصاع ادنى المقادير فيمنع النقصان دون الزيادة فيقع عنهما كما اذا نوى اصل الكفارة بخلاف ما اذا فرق فى الدفع لانه فى الدفعة الثانية في حكم مسكين آخر

ومن وجبت عليه كفارتا ظهار فاعتق رقبتين لا ينوي عن احدهما بعينها جاز عنهما وكذا اذا صام اربعة اشهرا واطعم مائة وعشرين مسكينا جاز لان الجنس متحد فلا حاجة الى نية معينة

وان اعتق عنهما رقبة واحدة او صام شهرين كان له ان يجعل ذلك عن ايهما شاء

وان اعتق عن ظهار وعن قتل لم يجزء عن واحد منهما وقال زفر رحمه الله لا يجزيه عن احدهما فى الفصلين وقال الشافعي رحمه الله له ان يجعل عن احدهما فى الفصلين لان الكفارات كلها باعتبار اتحاد المقصود جنس واحد وجه قول زفر رحمه الله انه اعتق عن كل ظهار نصف العبد وليس له ان يجعل عن احدهما بعد ما اعتق عنهما لخروج الامر من يده

قوله ولهما ان النية فى الجنس الواحد لغو لانها شرعت للتمييز بين الاجناس المختلفة اذ فى الجنس الواحد لا يختلف الفرض فلا يحتاج الى التميز والتصرف اذا اخطأ محله يلغو واذا لغت نيته عددا لاتحاد الجنس بقيت نية مطلق الظهار والمؤدى صلح كفارة واحدة لان نصف الصاع لبيان ادنى المقادير فيمنع النقصان دون الزيادة فيقع عنها كما اذا نوى اصل الكفارة بخلاف ما اذا كانتا جنسين لان نية التعيين معتبرة فاستقام وقوعه عنهما وبخلاف ما اذا فرق فى الدفع لانه فى المرة الثانية كمسكين آخر فاما اذا لم يفرق فقد زاد فى الوظيفة فنقص عن المحل فلا يجزيه الا بقدر المحل كما لو اعطى ثلثين مسكينا في كفارة واحدة كل مسكين صاعا وبيان ذلك ان الواجب عليه في كل كفارة اطعام ستين مسكينا فمحل اطعام الظهارين مائة وعشرون مسكينا وقد نقص من المحل وزاد فى الواجب لان الواجب لكل مسكين نصف صاع وقد ادى صاعا

ولنا ان نية التعيين فى الجنس المتحد غير مفيد فتلغو وفى الجنس المختلف مفيد واختلاف الجنس فى الحكم وهو الكفارة باختلاف السبب فنظير الاول اذا صام يومًا فى قضاء رمضان عن يومين يجزيه عن قضاء يوم واحد ونظير الثاني اذا كان عليه صوم القضاء والنذر فانه لابد فيه من التمييز والله تعالى اعلم بالصواب ●

قوله ولنا ان نية التعيين فى الجنس المتحد غير مفيد فتلغو اراد به تعميم الجنس بالنية الاترى انه اذا عين ظهار احدهما للتكفير صح ويبطل ظهارها حتى جاز له قربانها كذا فى الفوائد الظهيرية **قوله** وفى الجنس المختلف كما اذا اعتقت عن كفارتي ظهار وقيل لا يجوز بعينه عن احدهما بعد ذلك **قوله** فنظير الاول اذا صام يوما في قضاء رمضان عن يومين فان قيل اذا نوى ظهرين من يومين فانه لا يجوز عن واحد وان اتحد الجنس قلنا انما احتيج الى نية التعيين لكل يوم لان وقت الظهر من اليوم الثاني غير الاول حقيقة وحكما اما حقيقة فظاهر وكذا حكما لان الخطاب ما علق بوقت يجمعهما بل علق بدلوك الشمس والدلوك فى اليوم الثاني غير الدلوك فى اليوم الاول وفي رمضان علق بالشهر وهو واحد فلاجرم يحتاج الى تعيين يوم السبت او الاحد حتى قالوا في قضاء يومين من رمضانين لشرط التعيين ولو نوى ظهرا وعصرا او ظهرا وصلوة جنازة لم يكن شارعا في واحد منهما للتنافي وعدم الرجحان ولو نوى ظهرا ونفلا لم يصر شارعا اصلا عند محمد رح لانهما يتنافيان وعند ابي يوسف رحمه الله وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله يقع عن الظهر لانه اقوى ولو نوى صوم القضاء والنفل او الزكوة والتطوع او الحج المنذور والتطوع يكون تطوعا عند محمد رحمه الله فى الكل لان النيتين بطلتا بالتعارض فبقي مطلق النية فصار نفلا وعند ابي يوسف رحمه الله يقع عنه الاقوى لانه لما تعارضت النيتان وجب الترجيح بالاقوى وهو الفرض او الواجب ولو نوى حج الاسلام والتطوع فهو حج الاسلام اتفاقا اما عند ابي يوسف رحمه الله فظاهر واما عند محمد رحمه الله فلان النيتين بطلتا بالتعارض فبقي مطلق النية وباطلاق النية يتأدى فرض الحج والله اعلم ●

باب اللعان

قال اذا قذف الرجل امرأته بالزنا وهما من اهل الشهادة والمرأة ممن يحد قاذفها او نفى نسب ولدها وطالبته بموجب القذف فعليه اللعان والاصل ان اللعان عندنا شهادات مؤكدات بالايمان مقرونة باللعن قائمة مقام حد القذف في حقه ومقام حد الزنا في حقها لقوله تعالى ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم

باب اللعان

هو مصدر من لاعن يلاعن ملاعنة ولعانا واصل اللعن الطرد وفى الشرع عبارة عما يجري بين الزوجين من الشهادات الاربع واللعن والغضب سمي الكل لعانا لما شرع فيهما من اللعن كالصلوة يسمى ركوعا وسجودا لذلك وركنه الشهادات الصادرة منهما وشرطه قيام الزوجية وسببه قذف الرجل امرأته قذفا يوجب الحد فى الاجنبي واهله من كان اهلا للشهادة عندنا وعند الشافعي رحمه الله من كان اهلا لليمين وحكمه حرمة الاستمتاع كما فرغا من اللعان ولكن لا تقع الفرقة بنفس اللعن عندنا حتى لو طلقها في هذه الحالة طلاقا بائنا يقع وكذا لو كذب الرجل نفسه حل له الوطئ من غير تجديد النكاح بمنزلة ما لو اسلم احد الزوجين يحرم الوطئ ولا تقع الفرقة قبل التفريق ٭

قوله اذا قذف الرجل امرأته بالزنا وهما من اهل الشهادة ذكر فى الاسرار والاهل من هو اهل لاداء سائر الشهادات فان قيل يشكل على هذا جريان اللعان بين الزوجين الاعميين او الفاسقين قلنا هما من اهل الشهادة ولهذا لو قضى القاضي بشهادة هؤلاء جاز

قوله والمرأة ممن يحد قاذفها شرط ذلك في جانبها لانها وان كانت من اهل الشهادة فربما كانت ممن لا يحد قاذفها بان كانت زنت وحدت وقيل اذا كان معها ولد ليس له اب معروف لا يجب اللعان وان كانت من اهل الشهادة

والا ستثناء انما يكون من الجنس وقال الله تعالى فشهادة احدهم اربع شهادات بالله نص على الشهادة واليمين فقلنا الركن هو الشهادة المؤكدة باليمين ثم قرن الركن في جانبه باللعن لو كان كاذبا وهو قائم مقام حد القذف وفي جانبها بالغضب وهو قائم مقام حد الزنا اذا ثبت هذا نقول لا بد ان يكونا من اهل الشهادة لان الركن فيه الشهادة ولا بد ان تكون هي ممن يحد قاذفها لانه قائم في حقه مقام حد القذف فلا بد من احصانها ويجب بنفي الولد لانه لما نفى ولدها صار قاذفا لها ظاهرا ٠

قوله والاستثناء انما يكون من الجنس استثنى انفسهم من الشهداء فثبت ان الزوج شاهد لان الاصل ان يكون المستثنى من جنس المستثنى منه وعند الشافعي رحمه الله ايمان مؤكدة بلفظ الشهادة لقوله تعالى فشهادة احدهم اربع شهادات بالله فقوله بالله محكم في اليمين والشهادة يحتمل اليمين فانه لو قال اشهد كان يمينا فحملنا المحتمل على المحكم **قوله** ثم قرن الركن في جانبه باللعن لو كان كاذبا وهو قائم مقام حد القذف يعني انما قرن باللعن لقيامه مقام حد القذف في حقه في زعم المرأة اذ كل واحد من الحد والاستشهاد بالله كاذبا مع اللعن على نفسه سبب الهلاك وكذلك في حق المرأة بمنزلة حد الزنا في زعم الرجل لانه مهلك في حقها لانها كاذبة في زعم الرجل في شهادتها **قوله** لانه قائم في حقه مقام حد القذف حتى لو قذف امرأته مرارا فعليه لعان واحد كالحد في حق الاجنبيات فان قيل يشكل على هذا ما لو قذف اربع نسوة له في كلمة واحدة او كلام متفرق فعليه ان يلاعن كل واحدة منهن على حدة وما لو قذف اجنبيا فانه يقام عليه حد القذف لهن مرة فلو كان اللعان قائما مقام حد القذف في حقه لوجب عليه اللعان مرة قلنا انما

ولا يعتبر احتمال ان يكون الولد من غيره بالوطئ عن شبهة كما اذا نفى اجنبي نسبه عن ابيه المعروف وهذا لان الاصل فى النسب الفراش الصحيح والفاسد ملحق به فنفيه عن الفراش الصحيح قذف حتى يظهرا الملحق به ويشترط طلبها لانه حقها فلا بد من طلبها كسائر الحقوق فان امتنع منه حبسه الحاكم حتى يلاعن او يكذب نفسه

كان هكذا لان المقصود هناك يحصل با قامة حد واحد وهو دفع عار الزنا عنهن وههنا لايحصل المقصود بلعان واحد لانه يتعذر الجمع بينهن في كلمات اللعان فقد يكون صادقا في حق بعضهن دون البعض والمقصود التفريق بينه وبينهن ولا يحصل ذلك بلعان بعضهن فلهذا يلاعن كل واحدة منهن على حدة حتى لو كان محدودا في قذف كان عليه حدوا حد لهن لان موجب قذفه لهن الحد ههنا والمقصود يحصل بحد واحد كما في الاجنبيات كذا في المبسوط وانما خص الغضب في جانبها دون اللعن فى المرة الخامسة لانهن يستعملن اللعن كثيرا على ما ورد به الحديث انكن يكثرن اللعن ويكفرن العشير فسقطت حرمة اللعن عن اعينهن فعين تجرين على الاقدام لكثرة جري اللعن على السنتهن وسقوط وقعه عن قلوبهن فاقيم الغضب مقام اللعن في حقهن ليكون رادعا لهن عن الاقدام ۰

قوله ولا يعتبر احتمال ان يكون الولد من غيره بالوطئ جواب سؤال يريد به لا يقال جاز ان لايكون ابنه ولاتكون زانية بان وطئت بشبهة فيكون الولد من غيره حقيقة والنا في صادق في نفيه لان هذه الشبهة غير معتبرة لانعقاد الاجماع على انه لونفاه اجنبي عن الاب المشهور يصير قاذفا مع وجود هذا الاحتمال وهذا لان الاصل فى النسب الفراش الصحيح والفاسد ملحق به والملحق به عارض والاصل عدمه فنفيه عن الفراش الصحيح قذف به حتى تبين به الملحق به ۰

لانه حق مستحق عليه وهو قادر على ايفائه فيحبس به حتى يأتي بما هو عليه او يكذب نفسه ليرتفع السبب ولولا عن وجب عليها اللعان لما تلونا من النص الا انه يبتدئ بالزوج لانه هو المدعي فان امتنعت حبسها الحاكم حتى تلاعن او تصدقه لانه حق مستحق عليها وهي قادرة على ايفائه فتحبس فيه واذا كان الزوج عبدا او كافرا او محدودا في قذف فقذف امرأته فعليه الحد لانه تعذر اللعان لمعنى من جهته فيصار الى الموجب الاصلي وهو الثابت بقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الآيه واللعان خلف عنه وان كان من اهل الشهادة وهي امة او كافرة او محدودة في قذف اوكانت ممن لا يحد قاذفها بان كانت صبية او مجنونة اوزانية فلا حد عليه ولا لعان لانعدام اهلية الشهادة وعدم الاحصان في جانبها وامتناع اللعان بمعنى من جهتها فيسقط الحد كما اذا صدقته والاصل في ذلك قوله عليه السلام اربعة لالعان بينهم وبين ازواجهم اليهودية والنصرانية تحت المسلم والمملوكة تحت الحر والحرة تحت المملوك

قوله لانه حق مستحق عليه لانه اخبار يجري مجرى الامر ولان المصدر المقرون بحرف الفاء في موضع الجزاء يراد به الامر كما في قوله تعالى فتحرير رقبة **قوله** وهو قادر على ايفائه وهذا قيد لانه لا يحبس في ايفاء الحق المستحق اذا لم يقدر على الايفاء كما في المفلس **قوله** واذا كان الزوج عبدا او كافرا بان اسلمت امرأته فقذفها قبل ان يعرض عليه الاسلام **قوله** وامتناع اللعان بمعنى من جهتها فيسقط الحد جواب سؤال بان يقال ينبغي ان يجب حد القذف عليه لان اللعان خلف عنه فاذا امتنع اللعان يصار الى الموجب الاصلي قلنا امتناع اللعان بمعنى من جهتها واهلية اللعان موجودة في حقه اذ هو من جملة من شرع اللعان في حقه فلا يجب عليه الحد .

ولوكانا محدودين في قدف فعليه الحدلان امتناع اللعان بمعنى من جهته اذ هو ليس من اهله

قال وصفة اللعان ان يبتدئ القاضي بالزوج فيشهد اربع مرت يقول في كل مرة اشهد بالله اني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا ويقول في الخامسة لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا يشير اليها في جميع ذلك ثم تشهد المرأة اربع مرات تقول في كل مرة اشهد بالله انه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا وتقول في الخامسة غضب الله عليها ان كان من الصادقين فيما رماني به من الزنا والاصل فيه ما تلوناه من النص وروى الحسن عن ابي حنيفة رح انه يأتي بلفظة المواجهة يقول فيما رميتك به من الزنا لانه اقطع للاحتمال وجه ما ذكر في الكتاب ان لفظة المغايبة اذا انضمت اليها الاشارة انقطع الاحتمال

قال واذا التعنا لا تقع الفرقة حتى يفرق القاضي بينهما وقال زفر رح تقع بتلاعنهما لانه تثبت الحرمة المؤبدة بالحديث ولنا ان ثبوت الحرمة يفوت الامساك بالمعروف فيلزمه التسريح بالاحسان فاذا امتنع ناب القاضي منابه دفعا للظلم دل عليه قول ذلك الملاعن عند النبي عليه السلام كذبت عليها يا رسول الله فقال له امسكها فقال ان امسكتها فهي طالق ثلثا قاله بعد اللعان وتكون الفرقة تطليقة بائنة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان فعل القاضي انتسب اليه كما في العنين

قوله ولوكانا محدودين في قذف فعليه الحد لان قذفه با عتبار حاله غير موجب اللعان فيكون موجبا للحد ولا يجوز ان يقال امتناع جريان اللعان لكونها محدودة لان اصل القذف من الرجل فانما يظهر حكم المانع في حقها بعد قيام الاهلية في جانبه فاما بدون الاهلية في جانبه فلا يعتبر بجانبها **قوله** دل عليه قول ذلك الملاعن عند النبي عليه السلام لما لاعن بين عويمر وبين امرأته قال عويمر كذبت عليها يارسول الله ان امسكتها هي طالق ثلثا **قوله** كذبت عليها جزاء مقد

وهو خاطب اذا اكذب نفسه عندهما وقال ابو يوسف رحمه الله هو تحريم مؤبد لقوله عليه السلام المتلاعنان لا يجتمعان ابدا نص على التأبيد ولهما ان الاكذاب رجوع والشهادة بعد الرجوع لا حكم لها ولا يجتمعان ما كانا متلاعنين ولم يبق التلاعن ولا حكمه بعد الاكذاب فيجتمعان ولو كان القذف بنفي الولد نفى القاضي نسبه والحقه بامه وصورة اللعان ان يأمر الحاكم الرجل فيقول اشهد بالله انى لمن الصادقين فيما رميتك به من نفي الولد وكذا في جانب المرأة ولو قذفها بالزنى ونفي الولد ذكر في اللعان الامرين ثم ينفي القاضي نسب الولد ويلحقه بامه لما روي ان النبي عليه السلام نفى ولد امرأة هلال ابن امية عن هلال والحقه بها ولان المقصود من هذا اللعان نفي الولد فيوفر عليه مقصوده

على الشرط وهو قوله ان امسكتها وقوله هي طالق كلام مستأنف قاله بعد اللعان يريد انه اوقع الثلث عليها بعد التلاعن ولم ينكر عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم ولو لم يكن النكاح قائما بعد اللعان لانكر على اعتقاده قيام النكاح بعد اللعان ولما حل له ان لا يرد عليه فان قيل قد انكر فانه روي انه قال لا سبيل لك عليها قلنا هذا لا يدل على الرد فان عندنا لا سبيل له عليها مع قيام النكاح لاجل حرمة الاستمتاع كما اذا اسلم احد الزوجين فالنكاح قائم ولا سبيل له عليها وروي ان ذلك الملاعن كان يطالبها بما ساق اليها من المهر فقال له النبي عليه السلام اذهب فلا سبيل لك عليها ويدل على قيام النكاح ايضا بعد اللعان انه عليه السلام لاعن بين هلال وامرأته فلما فرغا فرق بينهما يدل على قيام النكاح بعد فراغهما من اللعان اذ التفريق

ويتضمنه القضاء بالتفريق وعن ابي يوسف رحمه الله ان القاضي يفرق ويقول قد الزمته امه واخرجته من نسب الاب لانه ينفك عنه فلا بد من ذكره فان عاد الزوج واكذب نفسه حده القاضي لاقراره بوجوب الحد عليه وحل له ان يتزوجها وهذا عندهما لانه لما حد لم يبق اهلا للعان فارتفع حكمه المنوط به وهو التحريم

كالغيره يجوز ان يتزوجها وقال ابويوسف رحمه الله هو تحريم مؤبد لقوله عليه السلام المتلاعنان لا يجتمعان ابدا نص على التابيد فجوز النكاح مخالف للنص ولهما ان اللعان شهادة والاكذاب رجوع والشهادة بعد الرجوع لا حكم لها فلم يبق متلاعنا والداخل تحت النص المتلاعن ولا يجتمعان ما داما متلاعنين كما اذا حلف لا يكلم هذا الكافر ابدا اي مادام كافرا الا ترى ان المنافق اذا اسلم يحل الصلوة عليه وان نزل في المنافقين ولا تصل على احد منهم مات ابدا فان قيل بعد الاكذاب يسمى متلاعنا فبقي داخلا تحت النص قلنا بعد الفراغ من اللعان لم يبق التلاعن حقيقة لان ذا حال تشاغلهما باللعان كالمقابلين وكذا مجاز الا انه انما سمي متلاعنا ما بقي اللعان بينهما حكما ولم يبق ذلك لانه اذا اكذب نفسه يقام عليه الحد لاقراره على نفسه بالتزام الحد ومن ضرورة اقامة الحد عليه بطلان اللعان والا صار جمعا بين الاصل والخلف وبين الحدين.

قوله ويتضمنه القضاء بالتفريق اي القضاء بالتفريق يتضمن نفي الولد

قوله وعن ابي يوسف رحمه الله ان القاضي يفرق ويقول قد الزمته امه واخرجته من نسب الاب حتى لو لم يقل ذلك لا ينتفي النسب عنه وهذا صحيح لانه ليس من ضرورة التفريق باللعان نفي النسب كما بعد موت الولد **قوله** لانه ينفك عنه اي عن القضاء بالتفريق الا ترى انه اذا انفى ولدام الولد يثبت النفي ولا يثبت اللعان ولا التفريق ولو قال لامرأة يا زانية ولها منه ولد يثبت اللعان ولا يلزم نفي الولد.

وكذلك ان قذف غيرها فحد به لما بينا وكذا اذا زنت فحدت لانتفاء اهلية اللعان من جانبها واذا قذف امرأته وهي صغيرة او مجنونة فلا لعان بينهما لانه لا يحد قاذفها لو كان اجنبيا فكذا لا يلاعن الزوج لقيامه مقامه وكذا اذا كان الزوج صغيرا او مجنونا لعدم اهلية الشهادة وقذف الاخرس لا يتعلق به اللعان لانه يتعلق بالصريح كحد القذف وفيه خلاف الشافعي رحمه الله وهذا لانه لا يعري عن الشبهة والحدود تندرئ بها واذا قال الزوج ليس حملك مني فلا لعان وهذا قول ابي حنيفة وزفر رحمهما الله تعالى لانه لا يتيقن بقيام الحمل فلم يصر قاذفا وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى اللعان يجب بنفي الحمل اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر وهو معنى ماذكر في الاصل لانا تيقنا بقيام الحمل عنده فيتحقق القذف قلنا اذا لم يكن قذفا في الحال يصير كالمعلق بالشرط فيصير

قوله وكذلك ان قذف غيرها فحد به اي له ان يتزوجها لما بينا وهو قوله اذا حد لم يبق اهلا للعان **قوله** وكذا اذا زنت فحدت اي كان له ان يتزوجها هذا اذا تلاعنا بعد التزوج قبل الدخول ثم زنت لان حدها الجلد حينئذ لانها ليست بمحصنة قبل الدخول ولا يمكن تصوير التزوج اذا كان اللعان بينهما بعد الدخول ثم زنت لان حدها الرجم **قوله** وقذف الاخرس لا يتعلق به اللعان وفيه خلاف الشافعي وعند الشافعي رح يجب الحد واللعان لان اشارة الاخرس كعبارة الناطق ولكنا نقول لا بد من التصريح بلفظ الزنا ليكون قذفا موجبا للحد ولا يتأتى التصريح باشارة الاخرس فان اشارته دون عبارة الناطق بالكناية ولانه لابد من لفظ الشهادة في اللعان قوله حتى ان الناطق لو قال احلف مكان قوله اشهد لا يكون صحيحا وكذلك ان كانت هي خرساء ولان قذف الخرساء لا يوجب الحد على الاجنبي لجواز ان يصدقه لو كانت تنطق ولا تقدر على اظهار هذا التصديق باشارتها واقامة الحد مع الشبهة لا تجوز كذا في المبسوط **قوله** لانا تيقنا بقيام الحمل عنده اي عند القذف فكان هذا ونفيه بعد الولادة سواء فيتحقق القذف في الصورتين ولهذا يثبت حكم الارث والوصية اذا ولدت لاقل من ستة اشهر

كانه قال ان كان بك حمل فليس مني والقذف لا يصح تعليقه بالشرط فان قال لها زنيت وهذا الحمل من الزنا تلاعنا لوجود القذف حيث ذكر الزنا صريحا ولم ينف القاضي الحمل وقال الشافعي رحمه الله ينفيه لانه عليه السلام نفى الولد عن هلال وقد قذفها حاملا ولنا ان الاحكام لا تترتب عليه الا بعد الولادة لتمكن الاحتمال قبله والحديث محمول على انه عرف قيام الحبل بطريق الوحي واذا نفى الرجل ولد امرأته عقيب الولادة او في الحالة التي تقبل التهنية وتبتاع آلة الولادة صح نفيه ولاعن به وان نفاه بعد ذلك لاعن ويثبت النسب وقال ابويوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يصح نفيه في مدة النفاس لان النفي يصح في مدة قصيرة ولا يصح في مدة طويلة ففصلنا بينهما بمدة النفاس لانه اثر الولادة وله انه لا معنى للتقدير لان الزمان للتأمل واحوال الناس فيه مختلفة فاعتبرنا ما يدل عليه وهو قبوله التهنية او سكوته عند التهنية او ابتياعه متاع الولادة او مضى ذلك الوقت وهو يمتنع عن النفي ولو كان غائبا ولم يعلم بالولادة

قوله كانه قال ان كان بك حمل فليس مني ولو قال هذا لا يكون قذفا لانه لا يحتمل التعليق بالشرط لانها متى لم تكن زانية قبل وجود الشرط لا تصير زانية بوجوده لان المعلق بالشرط لا يكون قاذفا في الحال ولا يمكن تحقيق القذف عند الشرط لعدم كلامه حقيقة عنده ولا يقال هذا ليس بمعلق بل هو موقوف حتى يتبين في الثاني انه موجود عند النفي ام معدوم فاذا عرف وجوده تبين انه قذف مطلق لان فيه شبهة التعليق لان كل موقوف فيه شبهة التعليق اذ لا يعرف حكمه الا بعاقبته وهو كالشرط في حقنا وشبهة التعليق كحقيقة التعليق في الحدود وعند الشافعي رحمه الله تلاعن قبل الوضع لانه قذفها حقيقة بنفي الولد قلنا نفي الولد لا يكون بدونه ولا يعلم وجوده قبل الولادة فلعله ريح او انتفاخ .

ثم قد تعتبر المدة التي ذكرناها على الاصلين .

قال واذا ولدت ولدين في بطن واحد فنفى الاول واعترف بالثاني ثبت نسبهما لانهما توأمان خلقا من ماء واحد وحد الزوج لانه اكذب نفسه بدعوى الثاني وان اعترف بالاول ونفى الثاني ثبت نسبهما لما ذكرنا ولاعن لانه قاذف بنفي الثاني ولم يرجع عنه والاقرار بالعفة سابق على القذف فصار كما اذا قال انها عفيفة ثم قال هي زانية وفي ذلك التلاعن كذا هذا والله تعالى اعلم بالصواب .

قوله ثم قد تعتبر المدة التي ذكرناها على الاصلين وفى الايضاح وعلى هذا الاصل قالوا في الغائب عن امرأته اذا ولدت ولم يعلم بالولادة حتى قدم ان له النفي عند ابي حنيفة رحمه الله في مقدار ما تقبل فيه التهنية وقالا في مقدار مدة النفاس بعد القدوم لان النسب لا يلزم الا بعد العلم به فصارت حالة القدوم كحالة الولادة **قوله** والاقرار بالعفة سابق على القذف هذا جواب سؤال مقدر وهو ان يقال ينبغي ان يجب عليه الحد لانه اكذب نفسه بعد القذف لان الاقرار الاول بثبوت النسب باق بعد نفي الثاني فيعتبر قيام الاقرار بعد القذف بابتداء الاقرار ولو وجد الاقرار بعد النفي يثبت الاكذاب ويجب الحد فكذا هنا فاجاب عنه ان الاقرار بالعفة سابق على القذف حقيقة واما من حيث الحكم فلاحق ثم ان كان يجب الحد باعتبار الحكم فلا يجب باعتبار الحقيقة فلا يجب الحد اما للشك في وجوب الحد واما للسعي في درء الحد عند الشبهة واما لترجيح جانب الحقيقة على الحكم لان الحقيقة حقيق بالعمل بها والله تعالى اعلم بالصواب .

فب

باب العنين وغيره

قال واذا كان الزوج عنينا اجله الحاكم سنة فان وصل اليها والا فرق بينهما اذا طلبت المرأة ذلك هكذا روي عن عمر وعلي وابن مسعود رضي الله تعالى عنهم ولان الحق ثابت له في الوطئ ويحتمل ان يكون الامتناع لعلة معترضة ويحتمل لآفة اصلية فلابد من مدة معرفة لذلك وقدرناها بالسنة لاشتمالها على الفصول الاربعة فاذا مضت المدة به ولم يصل اليها تبين ان العجز بآفة اصلية ففات الامساك بالمعروف ووجب التسريح بالاحسان فاذا امتنع ناب القاضي منابه ففرق بينهما ولابد من طلبها لان التفريق حقها وتلك الفرقة تطليقة بائنة لان فعل القاضي اضيف الى فعل الزوج فكانه طلقها بنفسه وقال الشافعي رحمة الله تعالى عليه هو فسخ لكن النكاح لايقبل الفسخ عندنا وانما تقع بائنة لان المقصود وهو دفع الظلم عنها لا يحصل الا بها لانها لو لم تكن بائنة تعود معلقة بالمراجعة ولها كمال مهرها ان كان خلا بها

باب العنين وغيره

هو الذي لايقدر على اتيان النساء من عن اذا حبس في العنة وهي حظيرة الابل او من عن اذا عرض لانه يعن يمينا وشمالا ولايقصده وقيل سمي العنين عنينا لان ذكره يسترخي فيعن يمينا وشمالا ولايقصد المأتي من المرأة فالعنين هو الذي لايصل الى النساء مع قيام الآلة او يصل الى الثيب دون الابكار او الى بعض النساء دون البعض وانما يكون ذلك لمرض به او لضعف في خلقته او لكبر سنه او سحر فهو عنين في حق من لايصل اليها لفوات المقصود فيؤجله الحاكم سنة لان حقها مستحق بعقد النكاح وطئا في الجملة لافي كل زمان والعدم في الحال لايدل على العدم في الثاني من الزمان لان ذا قد يكون

فان خلوة العنين صحيحة وتجب العدة لما بينا من قبل هذا اذا اقر الزوج انه لم يصل اليها ولو اختلف الزوج والمرأة في الوصول اليها فان كانت ثيبا

لمرض وذا لا يوجب الخيار وقد يكون جلفة وانما يتبين ذلك بالتأجيل سنة لان المرض غالبا قد يكون لغلبة البرودة او الحرارة او اليبوسة او الرطوبة وفصول السنة مشتملة على الرطوبة والحرارة واليبوسة والبرودة فعسى يوافق فصل منها طبعه فيزول ما به من المرض باعتدال الطبع فمتى مضت السنة ولم يزل فالظاهر انه جلفة وان حقها المستحق فات فيفرق بطلبها لانه حقها وذكر الامام قاضي خان فاذا وجدت زوجها عنينا ولم تخاصم زمانا لم يبطل وكذا لو رفعته الامر الى القاضي واجله القاضي سنة فلم تخاصم زمانا بعد مضي الاجل لانها لا تقدر على الخصومة في كل وقت ولان ذا قد يكون للتجربة والامتحان لا للرضاء ولو وطئها مرة ثم عجز لا خيار لها وكذلك لو لم يكن له ماء ويجامع ولا ينزل لا يكون لها حق الخصومة ولو فرق بينهما بعدم الوصول ثم وعدها الوصول فتزوجها فعجز لا خيار لها لانها رضيت بخلاف ما لو تزوجت به اخرى وهي عالمة بحاله لا يكون رضا منها وفي الاصل يكون رضا لانها رضيت بالمقام معه وان علمت بعد النكاح بحاله لا يبطل خيارها بطول مقامها معه لان الحق لا يبطل بالتأخير ما لم يقل رضيت بالمقام معه وفي ادب القاضي سأل الزوج القاضي ان يؤجله سنة اخرى او شهرا او اكثر فانه لا ينبغي له ان يفعل ذلك الا برضاء المرأة فان رضيت ثم رجعت فلها ذلك ويبطل الاجل ويخير كذا ذكره الامام التمرتاشي رحمه الله ٭

قوله فان خلوة العنين صحيحة اذ لا وقوف على حقيقة العنة لجواز ان يمتنع من الوطئ اختيارا فادار الحكم على سلامة الآلة **قوله** لما بينا من قبل اي في باب المهر حيث قال وعليها العدة في جميع هذه المسائل احتياطا

فالقول قوله مع يمينه لانه بنكرا ستحقاق حق الفرقة والاصل هوالسلامة فى الجبلة ثم ان حلف بطل حقها وان نكل يؤجل سنة وان كانت بكرا نظر اليها النساء فان قلن هي بكر اجل سنة لظهور كذبه وان قلن هي ثيب يحلف الزوج فان حلف لا حق لها وان نكل يؤجل سنة وان كان مجبوبا فرق بينهما فى الحال ان طلبت لانه لا فائدة فى التأجيل والخصي يؤجل كما يؤجل العنين لان وطئه مرجو واذا اجل العنين سنة وقال قد جامعتها وانكرت نظر اليها النساء فان قلن هي بكر خيرت لان شهادتهن تأيدت بمؤيد وهي البكارة وان قلن هي ثيب حلف الزوج فان نكل خيرت لتأيدها بالنكول وان حلف لا تخير وان كانت ثيبا فى الاصل فالقول قوله مع يمينه وقد ذكرناه فان اختارت زوجها لم يكن لها بعد ذلك خيار لانها رضيت ببطلان حقها

قوله فالقول قوله والقياس ان يكون القول قولها لانها تنكر الوصول الا ان الزوج منكر في معنى ثبوت حق الفرقة بالتأجيل والعبرة للمعنى لا للصورة كالمودع اذا ادعى رد الوديعة فالقول قوله لانه منكر معنى وان كان مدعيا صورة فكذا هنا **قوله** فان قلن هي بكر خيرت فالحاصل ان الاراءة للنساء مرتين مرة قبل الاجل للتأجيل ومرة بعد الاجل للتخيير ثم كيف يعرف انها بكر ام ثيب قالوا يدفع في فرجها اصغر بيضة من بيض الدجاج فان دخل بلا عنف فثيب والا فبكر وقيل ان امكنها ان يبول على الجدار فبكر والا فثيب وقيل يكسر البيض فيصب في فرجها فان دخلت فثيب والا فبكر **قوله** لان شهادتهن تأيدت بمؤيد وهي البكارة اذ البكارة اصل فيهن فيثبت بقولهن وان قلن هي ثيب تثبت الثيابة ايضا ولكن مع ذلك يحلف الرجل لانه ليس من ضرورة الثيابة الوصول اليها لاحتمال زوال البكارة بشيء آخر فلم يثبت بشهادتهن الوصول فلهذا يحلف الزوج بخلاف البكارة فان بشهادتهن تثبت

وفي التأجيل تعتبر السنة القمرية وهو الصحيح و يحتسب بايام الحيض و بشهر رمضان لوجود ذلك في السنة ولا يحتسب بمرضه و مرضها لان السنة قد تخلو عنه

واذا كان بالزوجة عيب فلا خيار للزوج وقال الشافعي رحمه الله ترد بالعيوب الخمسة وهي الجذام والبرص والجنون والرتق والقرن لانها تمنع الاستيفاء حسا وطبعا والطبع مؤيد بالشرع قال عليه الصلوة والسلام فر من المجذوم فرارك من الاسد

البكارة ومن ضرورتها عدم الوصول فلهذا خيرت ولم يحتج الى شيء آخر وانما خيرت لانها قصدت بالنكاح ان يستعف ولا تحصل لها العفة بهذا الزوج وبغيره مع قيام هذا النكاح فلو لم يخير كان تعريضها على الزنا وذكر في المبسوط واذا خيرها القاضي فاختارت الزوج او قامت من مجلسها او اقامها اعوان القاضي او اقام القاضي قبل ان يختار شيئا بطل خيارها لان هذا بمنزلة تخيير الزوج امرأته وذلك يتوقت بالمجلس فهذا مثله والتفريق كان لحقها فاذا رضيت بالاسقاط صريحا او دلالة بتأخير الاختيار الى ان قامت او اقيمت سقط حقها فلا تطالب بعد ذلك بشيء فان اختارت الفرقة امر القاضي الزوج بان يطلقها وان ابى فرق القاضي بينهما •

قوله وفي التأجيل تعتبر السنة القمرية وهو الصحيح واختيار شمس الائمة السرخسي رحمة الله تعالى عليه في المبسوط واختيار الامام قاضي خان والامام ظهير الدين رحمهما الله في التأجيل انه يقدر بسنة شمسية اخذا بالاحتياط فربما يكون موافقة الفلاح في الايام التي يقع التفاوت فيها بين الشمسية والقمرية وفي شرح الطحاوي رحمه الله التأجيل بالسنة القمرية ظاهر الرواية والتأجيل بالشمسية رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله وعن شمس الائمة الحلوائي رحمه الله الشمسية ثلثمائة وخمسة وستون يوما وربع يوم وجزء من مائة وعشرين جزء من اليوم والقمرية ثلثمائة واربعة وخمسون يوما

ولنا ان فوت الاستيفاء اصلا بالموت لا يوجب الفسخ فاختلاله بهذه العيوب اولى وهذا لان الاستيفاء من الثمرات

وفي الذخيرة يؤجل العنين سنة شمسية لا قمرية فالسنة الشمسية السنة بالايام والسنة القمرية السنة بالاهلة والشمسية تزيد على القمرية باحد عشر يوما وشيء فيجوز ان يوافق طبعه هذه الزيادة فلابد من اعتبارها ولا يحتسب بمرضه ومرضها وروي عن ابي يوسف رحمه الله انه اذا مرض احدهما مرضا لا يستطيع الجماع معه فان كان اقل من نصف الشهر احتسب عليه وان كان اكثر لم يحتسب عليه وجعل له بدل مكانها وكذلك العنة لان شهر رمضان محسوب عليه وهو قادر عليه في الليل ممنوع في النهار فثبت ان نصف الشهر محسوب عليه وهذا اصح الروايات عن ابي يوسف رحمه الله وان احرمت بحجة الاسلام لم يحتسب على الزوج بتلك المدة لانه لا يقدر على ان يحللها الا ترى انها لو كانت محرمة حين خاصمته لم يؤجله القاضي حتى يفرغ من الحج ولو خاصمته والزوج مظاهر منها فان كان يقدر على العتق اجله وان كان عاجزا عن ذلك امهله شهرين لانه ممنوع عن غشيانها مالم يكفر فان ظاهر منها بعد التأجيل لم يلتفت القاضي الى ذلك ولم يحتسب عليه بتلك المدة لانه كان متمكنا ان لا يظاهر منها الجذام هو يشقق الجلد ويقطع اللحم ويساقطه والفعل منه جذم والرتق بالتحريك مصدر قولك امرأة رتقاء لا يستطاع جماعها لارتتاق ذلك الموضع منها كذا في الصحاح والقرن في الفرج مانع يمنع من سلوك الذكر فيه اما غدة غليظة او لحمة مرتفعة او عظم وامرأة قرناء بها ذلك وقيل العفلة وهي بالتحريك شيء يخرج من قبل النساء وحياء الناقة شبيه بالادرة للرجل وقيل نتوء في الرحم واختصم الى شريح في جارية بها قرن فقال اقعدوها فان اصاب الارض فهو عيب وان لم يصب الارض فليس بعيب *

قوله ولنا ان فوت الاستيفاء اصلا بالموت لا يوجب الفسخ حتى لا يسقط شيء من المهر بالموت

والمستحق هو التمكن وهو حاصل واذا كان بالزوج جنون او برص او جذام فلا خيار لها عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لها الخيار دفعا للضرر عنها كما في الجب والعنة بخلاف جانبه لانه متمكن من دفع الضرر بالطلاق ولهما ان الاصل عدم الخيار لما فيه من ابطال حق الزوج وانما يثبت في الجب والعنة لانهما يخلان بالمقصود المشروع له النكاح وهذه العيوب غير مخلة بها فافترقا والله تعالى اعلم بالصواب ٭

قوله والمستحق هو التمكن وهو حاصل اي التمكن من الوطئ حاصل اما في المجذومة والمجنونة والبرصاء فظاهر واما في الرتقاء والقرناء فممكن بالشق والفتق **قوله** وقال محمد رحمه الله لها الخيار اذا كان على حال لا يطيق المقام معه لانه يقدر عليها الوصول الى حقها بمعنى فيه فكان بمنزلة ما لو وجدته مجبوبا او عنينا ولكنا نقول بهذه العيوب لا ينسد عليها باب استيفاء المقصود وانما تقل رغبتها فيه ويتاذى بالصحبة والعشرة معه وذلك غير مثبت لها الخيار كما لو وجدته سيئ الخلق او مقطوع اليدين والرجلين بخلاف الجب والعنة وكذلك ان اشترط احدهما على صاحبه السلامة من العمي والشلل والزمانة فوجده بخلاف ذلك لا يثبت لها الخيار وكذلك لو شرط احدهما لصاحبه صفة الجمال او البكارة فوجدها بخلاف ذلك لا يثبت لها الخيار لان فوت زيادة مشروطة بمنزلة العيب في اثبات الخيار كما في البيع وبهذا تبين انه لا معتبر بتمام الرضاء في باب النكاح فانه لو تزوجها بشرط انها بكر شابة جميلة فوجدها ثيبا عجوزا شوهاء لها شق مائل وعقل زائل ولعاب سائل فانه لا يثبت له الخيار وقد انعدم الرضاء بهذه الصفة وانما يثبت في الجب والعنة لانهما يخلان بالمقصود المشروع له النكاح وهو الوطئ وهذه العيوب غير مخلة به فافترقا والله اعلم بالصواب ٭

باب العدة

قال واذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا او رجعيا او وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق وهي حرة ممن تحيض فعدتها ثلثة اقراء لقوله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلثة قروء والفرقة اذا كانت بغير طلاق فهي في معنى الطلاق لان العدة وجبت للتعرف عن براءة الرحم في الفرقة الطارئة على النكاح

باب العدة

هي التربص الذي يلزم المرأة بزوال النكاح او شبهته

قوله قال واذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا او رجعيا ولم يذكر قوله رجعيا في بعض النسخ ولا بد من ذكره ولم يذكر الدخول مع ان عدة الطلاق لا يجب الا بعد الدخول او الخلوة بناء على ان الاصل في النكاح هو الدخول ولان وجوب العدة من الفرقة في حال الحيوة انما كان بعد الدخول لا قبله وهو ظاهر فاستغني بظهوره عن ذكره **قوله** او وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق وهي مثل الفرقة بخيار العتاقة وعدم الكفاءة وخيار البلوغ وملك احد الزوجين صاحبه والفرقة في النكاح الفاسد **قوله** لقوله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلثة قروء اراد المدخول بهن من ذوات الاقراء وهو خبر في معنى الامر اي وليتربصن المطلقات واخراج الامر في صورة الخبر تأكيد الامر واشعار بانه مما يجب ان يتلقى بالمسارعة الى امتثاله وذكر الانفس تهييج لهن على التربص وزيادة بعث لان انفسهن طوامح الى الرجال فامرن ان يقمعن انفسهن ويغلبنها على التربص كذا في الكشاف قيل النص يتناول المطلقة ثلثا فما دونها وقيل اراد به ما دون الثلث بدلالة قوله تعالى وبعولتهن احق بردهن فعلى الوجه الاول

وهذا يتحقق فيها والاقراء الحيض عندنا وقال الشافعي رحمه الله تعالى الاطهار واللفظ حقيقة فيهما اذ هو من الاضداد كذا قاله ابن السكيت ولا ينتظمهما جملة للاشتراك والحمل على الحيض اولى اعمالا بلفظة الجمع لانه لوحمل على الاطهار والطلاق يوقع في طهر لم يبق جمعا ولانه معرف لبراءة الرحم وهو المقصود

التمسك ظاهر في الطلاق البائن وعلى الوجه الثاني نقول لما وجبت العدة لتعرف براءة الرحم ولقضاء حق النكاح فيما اذا انعقد سبب الزوال ولم يتحقق الزوال لان يثبت في موضع يتحقق الزوال اولى وهذا لان حق النكاح ان يستدام ولا يزال والعدة تمنع الزوال فكانت الاستدامة بعد سبب الزوال قضاء لحقه وبيانا لخطره

قوله وهذا يتحقق فيها اي التعرف عن براءة الرحم يتحقق في الفرقة بغير طلاق **قوله** والاقراء الحيض عندنا وقال الشافعي رحمه الله الاطهار وفائدة الخلاف تظهر فيما اذا طلق امرأته في طهر لم يجامعها فيه لاتنقضي العدة مالم يطهر من الحيضة الثالثة وعنده كما شرعت في الحيضة الثالثة انقضت عدتها واحتج بان الطلاق معقب للعدة فيجب ان يكون الزمان الذي يعقب الطلاق محسوبا من العدة **قوله** اذ هو من الاضداد دليل على انه حقيقة فيهما فكان فيه قطع وهم انه مجاز في احدهما لان الطريق في المجاز المناسبة وبين الطهر والحيض مضادة فهو كالصريم يطلق على الليل والنهار **قوله** اعمالا بلفظة الجمع وهو القروء والجمع الصحيح هو الثلثة وذلك انما يتحقق عند الحمل على الحيض لا على الطهر لان الطلاق يوقع في طهر وهو سنة ثم هو محسوب من الاقراء عند من يقول بالاطهار فيكون حينئذ مدة عدتها قرئين وبعض الثالث فلم يكن ثلثا كوامل وهذا مستقيم في جمع غير مقرون بالعدد كقوله تعالى الحج اشهر معلومات فاما في جمع مقرون بالعدد فلا بد من الكمال لان الثلثة اسم خاص للعدد معلوم لا يحتمل غيره •

قد

اولقوله عليه الصلوة والسلام طلاق الامة ثنتان وعدة الامة حيضتان فيلتحق بيانا به وان كانت لاتحيض من صغر او كبر فعدتها ثلثة اشهر لقوله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم الآية وكذا التي بلغت بالسن ولم تحض بآخر الاية وان كانت حاملا فعدتها ان تضع حملها لقوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن •

قوله اولقوله عليه الصلوة والسلام طلاق الامة ثنتان وعدتها حيضتان فيلتحق بيانا به اي هذا الحديث يلتحق بيانا المجمل الكتاب حيث قال وعدتها حيضتان ولم يقل طهران ولا خلاف ان عدة الامة نصف عدة الحرة لان اثر الرق في التنصيف لا في اصل العدة ومما يدل على صحة ماذهبنا اليه قوله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلثة اشهر فاقام الاشهر مقام الحيض دون الاطهار والنقل الى البدل انما يكون عند عدم الاصل كقوله تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا فهو تنصيص على ان المراد بالقرء الحيض فان قيل الاصل الاطهار هي قرء ولا وجود لها الا بالمحيض فان الطهر قبل الحيض لا يسمى قرء لانعدام لهذه القرء الا بانعدام الحيض فصار كقوله يئسن من المحيض مجاز عن قوله يئسن من الاطهار التي هي قروء فلذلك استقام الابدال قلنا ان الكلام لحقيقته حتى يقوم الدليل على مجازه ودل عليه ان الله تعالى بدأ فقال والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلثة قروء ثم نقل الى البدل فيمن عدمت القروء ولو كان المراد ماذكره كان من حق الكلام ان يقال واللائي عدمن القرء ليكون النقل بعدم عين ما شرع اصلا فلما جاء بعبارة اخرى علم انها لم تكن الا لفائدة زائدة وليس ذلك الا ماقلنا **قوله** وكذا التي بلغت بالسن ولم تحض بآخر الآية وهو قوله تعالى واللائي لم يحضن اي والصغائر اللاتي لم يبلغن واللائي بلغن بغير الحيض كذلك يعتددن ثلثة اشهر كذا في التيسير •

وان كانت امة فعدتها حيضتان لقوله عم طلاق الامة تطليقتان وعدتها حيضتان ولان الرق منصف والحيضة لا تتجزى فكملت فصارت حيضتين واليه اشار عمر رض بقوله لواستطعت لجعلتها حيضة ونصفا وان كانت لا تحيض فعدتها شهر ونصف لانه متجزى فامكن تنصيفه عملا بالرق وعدة الحرة فى الوفاة اربعة اشهر وعشرة ايام لقوله تع ويذرون ازواجا يتربصن بانفسهن اربعة اشهر وعشرا وعدة الامة شهران وخمسة ايام لان الرق منصف وان كانت حاملا فعدتها ان تضع حملها لاطلاق قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن وقال عبدالله بن مسعود رض من شاء باهلته ان سورة النساء القصرى نزلت بعد الآية التي في سورة البقرة وقال عمر رض الله لووضعت وزوجها على سريره لانقضت عدتها وحل لها ان تتزوج واذا ورثت المطلقة فى المرض فعدتها ابعد الاجلين وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابويوسف رح ثلث حيض ومعناه اذا كان الطلاق بائنا وثلثا اما اذا كان رجعيا فعليها عدة الوفاة بالاجماع لابي يوسف ان النكاح قد انقطع قبل الموت بالطلاق ولزمها ثلث حيض وانما تجب عدة الوفات اذا زال النكاح فى الوفاة

قوله وان كانت امة فعدتها حيضتان لقوله عم طلاق الامة ثنتان وعدتها حيضتان فان قيل النص الوارد فى المطلقات عام وتخصيص العام ابتداء لا يجوز بخبر الواحد والقياس ولهذا قال ابوبكر الاصم عدتها ثلثة اقراء قلنا هذا حديث تلقته الامة بالقبول فدخل في حد المشاهير على ان الآية واردة فى الحرائر لقوله تعالى مما آتيتموهن حتى تنكح زوجا غيره فيما افتدت به اونقول خص من قوله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلثة قروء غير المدخول بها و لم يدخل في الآية الصغيرة والآئسة والحامل فيخص موضع النزاع ولان العدة نعمة في حقهن لما فيه من تعظيم ملك النكاح وللرق اثر في تنصيف النعم لان استحقاقها بوصف الآدمية وقد اثر الرق في نقصانها فالابدان يؤثر ذلك في نقصان النعمة الا ان الحيضة لا تتجزى ولا تتنصف لانها تختلف في انفسها بين ان يكون ثلثة اواربعة الى عشرة والاكثر من الايام وان كان متيقنا غير ان وقتها مشكوك فيه فتعذر التنصيف فقلنا بالتكميل **قوله** وعدة الحرة

الا انه بقي في حق الارث لا في حق تغيير العدة بخلاف الرجعي لان النكاح باق من كل وجه ولهما انه لما بقي في حق الارث يجعل باقيا في حق العدة احتياطا فيجمع بينهما

في الوفاة اربعة اشهر وعشر سواء كانت صغيرة او كبيرة كافرة او مسلمة موطوءة اوغير موطوءة وان كانت حاملا فعدتها ان تضع حملها وكان علي رضي الله تعالى عنه يقول تعتد المتوفى عنها زوجها بابعد الاجلين اما بوضع الحمل او باربعة اشهر وعشر لتعارض النصين وهوقوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا يتربصن بانفسهن اربعة اشهر وعشرا فدخلت الحامل في عموم قوله تعالى ازواجا وقوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن فيجمع بينهما احتياطا لجهالة التاريخ وعامة الصحابة رضي الله تعالى عنهم على ان عدتها بوضع الحمل لان قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن نزلت بعد قوله تعالى والذين يتوفون منكم الآيه فصارت ناسخة لتلك اذ العام المتأخر ينسخ الخاص المتقدم وقال ابن مسعود رضي الله تعالى عنه من شاء باهلته ان سورة النساء القصرى يا ايها النبي اذا طلقتم النساء نزلت بعد التي في سورة البقرة اي والذين يتوفون منكم والمباهلة الملاعنة مفاعلة من البهلة وهي اللعنة وكانوا اذا اختلفوا في شيء اجتمعوا وقالوا ابهلة الله على الكاذب منا ومنكم *

قوله الا انه بقي في حق الارث لا في حق تغيير العدة فانما بقي في حق الارث بحكم الفرار لا باعتبار بقاء الزوجية وذا لا يلزمها عدة الوفاة الا ترى ان المرتد اذا مات اوقتل على ردته ترثه زوجته المسلمة وليس عليها عدة الوفاة لان زوال النكاح بردته لا لموته ولهما انها مطلقة حقيقة متوفى عنها زوجها حكما فيجب اعتبارهما وهذا لانا انما اورثناها باعتبار قيام النكاح بينهما حكما الى وقت الموت اذ لا بد من قيام سبب الارث عند الموت ليستحق الارث فاذا بقي النكاح في حق الارث حكما مع انه لا يثبت بالشك فلان يبقى في حكم العدة وهي تثبت بالشك اولى

ولوقتل على ردته حتى ورثته امرأته نعدتها على هذا الاختلاف وقيل عدتها بالحيض بالاجماع لان النكاح ما اعتبر باقيا الى وقت الموت في حق الارث لان المسلمة لا ترث من الكافر فان اعتقت الامة في عدتها من طلاق رجعي انتقلت عدتها الى عدة الحرائر لقيام النكاح من كل وجه وان اعتقت وهي مبتوتة او متوفى عنها زوجها لم تنتقل عدتها الى عدة الحرائر لزوال النكاح بالبينونة والموت وان كانت آئسة فاعتدت بالشهور ثم رأت الدم انتقض مامضى من عدتها وعليها ان تستأنف العدة بالحيض ومعناه اذا رأت الدم على العادة لان عودها يبطل الاياس هو الصحيح فظهر انه لم يكن خلفا وهذا لان شرط الخلفية تحقق الاياس وذلك باستدامة العجز الى الممات كالفدية في حق الشيخ الفاني •

قوله ولوقتل على ردته حتى ورثته امرأته فعدتها على هذا الاختلاف وقيل عدتها بالحيض بالاجماع لان النكاح لم يعتبر ثمه باقيا الى وقت الموت في حق الارث لانها مسلمة عند الموت والمسلمة لا ترث الكافر ولكن يستند استحقاق الارث الى وقت الردة وبذلك السبب لزمتهما العدة بالحيض ولا تلزمها عدة الوفاة وهنا استحقاق الارث عند الموت لا عند الطلاق فعلم ان النكاح كالقائم بينهما الى وقت الموت حكما **قوله** ومعناه اذا رأت الدم على العادة لان عودها يبطل الاياس هو الصحيح فظهر انه لم يكن خلفا اذ شرط الخليفة تحقق الياس وذا بالعجز الدائم الى الموت كالفدية في حق الشيخ الفاني فانها خلف عن الصوم بشرط استمرار العجز مدة العمر وقال صاحب المحيط لا تقدير في حد الاياس بالسن في رواية واياسها على هذه الرواية ان يبلغ من السن مبلغا لا يحيض مثلها فاذا بلغت هذا المبلغ وانقطع الدم حكم باياسها فان رأت بعد ذلك دما يكون حيضا على هذه الرواية فيبطل الاعتداد بالاشهر ويظهر فساد النكاح وفي رواية يقدر بخمس وخمسين سنة على

ولو حاضت حيضتين ثم ايست تعتد بالاشهر تحرزا من الجمع بين البدل والمبدل والمنكوحة نكاحا فاسدا والموطوءة بشبهة عدتهما الحيض في الفرقة والموت

ماقالوا فاذا بلغت هذا المبلغ وانقطع دمها حكم باياسها فان رأت الدم بعد ذلك لايكون حيضا عند البعض ولايبطل به الاعتداد بالاشهر ولايظهر فساد النكاح وقيل يكون حيضا فيبطل به الاعتداد بالاشهر ويظهر فساد النكاح لان الحكم بالاياس بعد خمس وخمسين بالاجتهاد والدم حيض بالنص فاذا رأت الدم فقد وجد النص بخلاف الاجتهاد فيبطل حكم الاياس الثابت بالاجتهاد حتى قالوا انما يكون حيضا اذا كان احمر اواسود اما اذا كان اخضر اواصفر لا يكون حيضا لان كون هذا المرئي حيضا ثبت بالاجتهاد فلايبطل الاياس الثابت بالاجتهاد وكان الصدر الشهيد رحمه الله تعالى يفتي بانها لو رأت الدم بعد ذلك على اي صفة رأت يكون حيضا ويفتي ببطلان الاعتداد بالاشهران كانت رأت الدم قبل تمام الاعتداد بالاشهر ولا يفتي ببطلان الاعتداد بالاشهران كانت رأت الدم بعد تمام الاعتداد بالاشهر .

قوله ولوحاضت حيضتين ثم ايست تعتد بالاشهر تفاديا عن الجمع بين الخلف والاصل فان قيل بناء الخلف على الاصل يجوز الاترى ان المصلي اذا سبقه الحدث وقد كان توضأ يتيمم ويبني ان لم يجد ماء ومن عجز عن الركوع والسجود يؤمي ويبني قلنا الصلوة بالتيمم ليست بخلف عن الصلوة بوضوء وانما الخلف بين التراب والماء اوبين الطهارتين ولا يكمل احدهما بالآخر وكذا الصلوة بالايماء ليست ببدل عن الصلوة بركوع وسجود لان بعض الشيء لا يكون خلفا عن كله فاما العدة بالاشهر فبدل عن العدة بالحيض فلا يكمل احدهما بالآخر .

لانها للتعرف عن براءة الرحم لا لقضاء حق النكاح والحيض هو المعرف
واذا مات مولى ام الولد عنها او اعتقها فعدتها ثلث حيض وقال الشافعي رحمه الله حيضة واحدة
لانها تجب بزوال ملك اليمين فشابهت الاستبراء ولنا انها وجبت بزوال الفراش
فاشبهت عدة النكاح ثم امامنا فيه عمر رضي الله عنه فانه قال عدة ام الولد ثلث حيض
ولو كانت ممن لاتحيض فعدتها ثلثة اشهر كما في النكاح
قال واذا مات الصغير عن امرأته وبها حبل فعدتها ان تضع حملها وهذا
عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وقال ابي يوسف رحمة الله تعالى
عليه عدتها اربعة اشهر وعشر وهو قول الشافعي رحمة الله تعالى عليه لان
الحمل ليس بثابت النسب منه

قوله لانها للتعرف عن براءة الرحم لا لقضاء حق النكاح والمعرف هو الحيض
فان قيل لو كان المقصود تعرف براءة الرحم لاكتفي فيه بحيضة كما في الاستبراء
قلنا انما وجب التربص بثلثة اقراء في النكاح الصحيح لجواز ان تحيض الحامل اذ هو مجتهد
فيه فلا يتيقن بالفراغ بحيضة فقدر بالثلث ليعلم فراغ الرحم اذ هو عدد معتبر في الشرع
لابلاء الاعذار كما في شرط الخيار وقصة الاخيار والفاسد ملحق بالصحيح في حق ثبوت النسب
فيقدر بالاقراء الثلثة صيانة للماء عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه كما قدرنا الصحيح بها
ثم المنكوحة نكاحا فاسدا كالمنكوحة بغير شهود فانه فاسد بالاتفاق بين علمائنا واما نكاح
المحارم مع العلم بانها حرام فنكاح فاسد عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى خلافا لهما
وفي الذخيرة تزوج منكوحة الغير ولايعلم انها منكوحة الغير ودخل بها تجب العدة
وان كان يعلم انها منكوحة الغير لا تجب العدة بالدخول حتى لايحرم على الزوج وطئها
وبه يفتى واما الموطوءة بشبهة فهي التي زفت الى غير زوجها فوطئها تجب عليها العدة

فصار كالحادث بعد الموت ولهما اطلاق قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن ولانها مقدرة بمدة وضع الحمل في اولات الاحمال قصرت المدة اوطالت لا للتعرف عن فراغ الرحم لشرعها بالاشهر مع وجود الاقراء لكن لقضاء حق النكاح وهذا المعنى يتحقق فى الصبي وان لم يكن الحمل منه بخلاف الحمل الحادث لانه وجبت العدة بالشهور فلا تتغير بحدوث الحمل وفيما نحن فيه كما وجبت وجبت مقدرة بمدة الحمل فافترقا ولايلزم امرأة الكبير اذا حدث لها الحبل بعد الموت لان النسب ثبت منه فكان كالقائم عند الموت حكما ٭

قال ولا يثبت نسب الولد فى الوجهين لان الصبي لا ماء له فلا يتصور منه العلوق والنكاح يقوم مقامه في موضع التصور واذا طلق الرجل امرأة في حالة الحيض لم تعتد بالحيضة التي وقع فيها الطلاق لان العدة مقدرة بثلثة حيض كوامل فلا تنتقص عنها

وعلى الواطئ المهر على ما يجيئ في كتاب الحدود ان شاء الله تعالى ٭

قوله فصار كالحادث بعد الموت وتفسير الحدوث بعد الموت بان تضعه لستة اشهر فصاعدا من يوم الموت عند عامة المشايخ رحمهم الله وقال بعضهم بان تأتي لاكثر من سنتين والاول اصح وتفسير قيام الحبل عند الموت هو ان تلد لاقل من ستة اشهر من وقت الموت كذا فى الفوائد الظهيرية **قوله** ولايلزم امرأة الكبيرة اذا حدث لها الحبل بعد الموت يريد به اذا جاءت به لاكثر من ستة اشهر اذ لوكان على حقيقته بان جاءت به لتمام سنتين فصاعدا تكون العدة بالاشهر لانه يكون من زنا فلا يتغير به حكم العدة **قوله** ولايثبت نسب الولد فى الوجهين اي فيما اذا كان قائما عند الموت وفيما اذا حدث بعد الموت

قال واذاوطئت المعتدة بشبهة فعليها عدة اخرى وتداخلت العدتان ويكون ماتراه المرأة من الحيض محتسبا منهما جميعا فاذاانقضت العدةالاولى ولم تكمل الثانية فعليها اتمام العدة الثانية وهذاعندنا وقال الشافعي رحمه الله لاتتداخلان لان المقصودهو العبادة فانها عبادة كف عن التزوج والخروج فلاتتداخلان كالصومين في يوم واحد ولنا ان المقصود هوالتعرف عن فراغ الرحم وقدحصل بالواحدة فتتداخلان ومعنى العبادة تابع الا ترى انها تنقضي بدون علمها ومع تركها الكف والمعتدة عن وفاة اذا وطئت بشبهة تعتد بالشهور وتحتسب بما تراه من الحيض فيها تحقيقا للتداخل بقدر الامكان وابتداء العدة في الطلاق عقيب الطلاق وفي الوفاة عقيب الوفاة فان لم تعلم بالطلاق والوفاة حتى مضت مدة العدة فقد انقضت عدتها

قوله واذا وطئت المعتدة بشبهة فعليها عدة اخرى وتتداخلان وقال الشافعي رحمه الله لاتتداخلان هذااذاوطئها اجنبي بشبهة اما اذا وطئها الزوج المطلق بشبهة تداخلت العدتان بالاجماع وفي المبسوط وان كانت العدتان من واحد بان وطئ معتدته بعد البينونة بالشبهة فلاشك عندنا انهما تنقضيان بمدة واحدة وهو احد قولي الشافعي رح وفي القول الآخر يقول لاتجب العدة بالسبب الثاني اصلا وحاصل الخلاف راجع الى ان ركن العدة الفعل ام ترك الفعل مع ان المقصود يحصل بالطريقين وهو صيانة الانسان عن الاشتباه فعنده الركن هو الفعل وهو كف المرأة نفسها عن البروز والخروج والتزوج بآخر فيكون عبادة كالكف عن قضاء الشهوتين في الصوم لانها امرت بالتربص وهو الكف واداء العبادتين في وقت واحد لايتصور كصومين في يوم واحد وعندنا الركن ترك الفعل ومعنى العبادة تابع لانها اجل لقوله تعالى اجلهن ان يضعن حملهن فاذا بلغن اجلهن حتى يبلغ الكتاب اجله والآجال اذا اجتمعت تنقضي بمدة واحدة

لان سبب وجوب العدة الطلاق او الوفاة فيعتبر ابتداؤ ها من وقت وجود السبب

كرجل تثبت عليه ديون مؤجلة لاناس وتنقضي بمدة واحدة وهذا لان التاجيل لتأخير ما كان يجب عند مضيه كالمطالبة في الدين ثم الثابت بمضي الاجل هنا حل النكاح والخروج والتزين فكان الثابت تأخير الحل الذي يثبت بمضيه وهو حرمة هذه الافعال فكان الركن حرمة هذه الافعال والآجال فان كثرت يتصور اجتماعها في العدم ولهذا وجبت بلاعلم ويتأدى بلا قصد واختيار ولو كان الركن هو الفعل لما وجب بلاعلم ولم يتأد بلا قصد واختيار الا ترى ان الله تعالى قال ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب اجله نهي عن التزوج في العدة والثابت بالنهي حرمة الفعل لا وجوب الفعل بخلاف الصوم لان الواجب ثم الفعل لانه امر بالصوم لقوله تعالى ثم اتموا الصيام الى الليل والواجب بالامر الفعل فان قيل الله تعالى قال والمطلقات يتربصن اي يكففن والكف فعل وهو اخبار في معنى الامر لما مر وقال فعدتهن ثلثة اشهر امرا بالاعتداد بالاشهر والاعتداد فعل قلنا المراد بالتربص الانتظار لا الكف يقال فلان يتربص قدوم فلان اي ينتظر والانتظار يكون بسبب الاجل ولا تضايق في الانتظار كشهر واحد ينتظر فيه حلول ديون وكيوم واحد ينتظر فيه قدوم اناس واما في الاية الثانية امرا بالاعتداد بل المذكور هو العدة وهي مدة حرمة هذه الافعال والحرمات تجتمع فان الصيد حرام على المحرم في الحرم بالاحرام والخمر حرام على الصائم لصومه ولكونه خمرا ولحلفه ان حلف لا يشربها ومعنى العبادة تابع الا ترى ان عدتها تنقضي وان لم تكف نفسها عن الخروج ولا يتصور اداء العبادة بدون ركنها ولان المقصود تعرف براءة الرحم وهو حاصل بالعدة الواحدة فتداخلنا وانما لم يكتف بحيضة واحدة وان حصل تعرف الفراغ بها لان الواحدة للتعرف والثانية لحرمة النكاح والثالثة لفضيلة الحرية ولو اكتفينا بالواحدة لم تحصل هذه المقاصد •

قوله لان سبب وجوب العدة الطلاق او الوفاة وقد نص في الاسرار ان سبب وجوب العدة

ومشايخنا رحمهم الله يفتون في الطلاق ان ابتداءها من وقت الاقرار نفيا لتهمة المواضعة

والعدة في النكاح الفاسد عقيب التفريق او عزم الواطئ على ترك وطئها وقال زفر رحمه الله من آخر الوطئات لان الوطئ هو السبب الموجب ولنا ان كل وطئ وجد في العقد الفاسد يجري مجرى الوطئة الواحدة لاستناد الكل الى حكم عقد واحد ولهذا يكتفى في الكل بمهر واحد فقبل المتاركة او العزم لاتثبت العدة مع جواز وجود غيره

نكاح متأكد بالدخول اوما يقوم مقامه مما يكمل المهر عند ثبوت ما يوجب الفرقة لا الفرقة فانها شرط فكانه جعل الشرط المعمل للعلة كالسبب ٭

قوله ومشايخنا رحمهم الله يفتون في الطلاق ان ابتداءها من وقت وجود الاقرار نفيا لتهمة المواضعة بان يتواضعا على الطلاق وانقضاء العدة ليصح اقرار المريض لها بالدين ووصية لها بشيء او يتواضعا على انقضاء العدة بان يتزوج اختها او اربعا سواها او ربما تكون المرأة محرمة حرمة غليظة فيتواضعان على هذا الاقرار حتى يتمكن من التحليل في الحال ولا تجب عليها العدة قال صاحب المحيط وغيره اذا اقر الرجل انه طلق امرأته منذ خمس سنين ان كذبته في الاسناد او قالت لا ادري تجب العدة من وقت الاقرار قالوا هذا الجواب في النفقة والسكنى حتى تجب لها النفقة والسكنى اما في حق التزوج باختها او اربع سواها تعتبر العدة من وقت الطلاق وقيل في حق التزوج باختها واربع سواها تعتبر العدة من وقت الاقرار عقوبة عليه جزاء على كتمانه الطلاق ولكن لا تجب لها نفقة العدة ومؤنة السكنى لان ذلك حقها وقد اقرت بسقوط حقها وينبغي على قول هؤلاء ان لايحل التزوج بالاخت واربع سواها مالم تنقض العدة من وقت الاقرار وحكي عن الشيخ الامام ابي الحسن السغدي رحمه الله انه كان يقول ماذكر محمد رحمه الله في الاصل ان العدة تعتبر من

ولان التمكن على وجه الشبهة اقيم مقام حقيقة الوطئ لخفائه ومساس الحاجة الى معرفة الحكم في حق غيره واذا قالت المعتدة انقضت عدتي وكذبها الزوج كان القول قولها مع اليمين لانها امينة في ذلك وقد اتهمت بالكذب فتحلف كالمودع واذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا ثم تزوجها في عدتها وطلقها قبل الدخول بها فعليه مهر كامل وعليها عدة مستقلة وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله عليه نصف المهر وعليها اتمام العدة الاولى لان هذا طلاق قبل المسيس فلا يوجب كمال المهر ولا استيناف العدة واكمال العدة الاولى انما يجب بالطلاق الاول الا انه لم يظهر حال التزوج الثاني فاذا ارتفع بالطلاق الثاني ظهر حكمه كما لو اشترى ام ولده ثم اعتقها ولهما انها مقبوضة في يده حقيقة بالوطئة الاولى وبقي اثره وهو العدة فاذا جدد النكاح وهي مقبوضة

وقت الطلاق محمول على ما اذا كانا متفرقين من الوقت الذي اسند الطلاق اليه اما اذا كانا مجتمعين فالكذب في كلامهما ظاهر فلا يصدقان في الاسناد *

قوله ولان التمكن على وجه الشبهة اقيم مقام الوطئ لان الوطئ امر خفي ولا وقوف لغيرهما عليه والحاجة ماسة الى معرفة الحكم في حق غير الوطئ وهو من يريد ان يتزوجها بعد انقضاء العدة فلابد من اقامة الامر الظاهر مقامه ليدار الحكم عليه كما في الاخبار عن المحبة والحيض وكما في السفر فاقمنا التمكن مقامه تيسرا بخلاف المتاركة والعزم على ترك الوطئ والاخبار بعزمه والمتاركة في النكاح الفاسد بعد الدخول لا يكون الا ان يقول تركتك او خليت سبيلك ولا يكون بعدم مجيئ احدهما الى صاحبه **قوله** فتحلف كالمودع اي اذا ادعى المودع رد الوديعة او هلاكها يحلف ان لم تكن له بينة **قوله** كما لو اشترى ام ولده اي منكوحة التي ولدت منه ثم اعتقها فيجب عليها ثلث حيض حيضتان من النكاح فيهما ما يجتنب المنكوحة من الخروج والبروز والتزين وحيضة من العتق لا يجتنب فيها لانه لما اشتراها فسد النكاح ووجبت

ناب ذلک القبض من القبض المستحق في هذا النكاح كالغاصب يشتري المغصوب الذي في يده يصير قابضا بمجرد العقد

العدة الاترى انه لايجوزان تزوجها وانما لم يظهرحكم العدة في حق المانع وهوملك اليمين فاذا زال المانع ظهر حكم العدة في حقه ايضا فوجبت حيضتان لفساد النكاح وهما معتبران من الاعتاق ايضا ويلزمها الاحداد واما الثالثة فانها تجب من العتق خاصة فلا يلزمها الاحداد كذا في الايضاح •

قوله ناب ذلك القبض وهذا لان الاصل ان القبض المضمون ينوب عن القبض المضمون فاذا جدد النكاح ينوب ذلك القبض عن القبض المستحق بالنكاح الثاني كالغاصب اذا اشترى المغصوب ينوب قبضه عن القبض المستحق بالعقد فيكون الطلاق بعد القبض المستحق بالعقد الثاني يوجب كمال المهر والعدة فان قيل القبض فعل دائم فانما يصير قابضا باستمرار القبض بعد الشراء الان ينوب قبض الغصب عن قبض الشراء قلنا الجواب من وجهين الاول امايعرض الكلام فيما اذالم يبق المغصوب بعد الشراء بان غصبه آخر من يده فالغاصب الاول لواشتراه من مالك يصير قابضا بمجرد الشراء والثاني ان استدامة القبض لامعتبر به في افادة القبض بدليل ان قبض الامانة لا ينوب عن قبض الشراء ولوكان استدامة القبض معتبرا في حق القبض بالشراء وجب ان يصير المودع قابضا بالشراء كالغاصب ولا يتفاوت الحكم بين ان يكون المشتري غاصبا اومودعا

قوله المغصوب الذي في يده اي لم يرده الى المالك ولايشترط ان يكون في يده وقت الشراء لانه مالم يرده الى المغصوب منه كانه في يده ولهذا لواشترى وهوفي يد آخر قائم يصير قابضا بالشراء

فنز

فوضح بهذا انه طلاق بعد الدخول وقال زفر رح لاعدة عليها اصلالان الاولى قد سقطت بالتزوج فلا تعود والثانية لم تجب وجوابه ما قلنا واذا طلق الذمي الذمية فلاعدة عليها وكذا اذا خرجت الحربية الينا مسلمة فان تزوجت جاز الا ان تكون حاملاوهذا كله عند ابي حنيفة رح وقالا عليها وعلى الذمية العدة اما الذمية فالاختلاف فيها نظير الاختلاف في نكاحهم محارمهم وقد بيناه في كتاب النكاح وقول ابي حنيفة رح فيما اذا كان معتقدهم انه لاعدة عليها واما المهاجرة فوجه قولهما ان الفرقة لو وقعت بسبب آخر وجبت العدة فكذا بسبب التباين بخلاف ما اذا هاجر الرجل وتركها لعدم التبليغ وله قوله تعالى لاجناح عليكم ان تنكحوهن ولان العدة حيث وجبت كان فيها حق بني آدم والحربي ملحق بالجماد حتى كان محلا للتملك الاان تكون حاملالان في بطنها ولدا ثابت النسب وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يجوز نكاحها ولايطأها كالحبلى من الزنا والاول اصح ٭

قوله فوضح بهذا انه طلاق بعد الدخول لايقال لوكان هذا طلاقا بعد الدخول لما وقعت البينونة بصريح الطلاق بعد النكاح الثاني كما لا تقع البينونة فيما اذا وجد الوطئ حقيقة بعد النكاح لانا نقول انما جعلنا هذا طلاقا بعد الدخول في حق تكميل المهر والعدة لافي حق جميع الاحكام كما ان الخلوة الصحيحة قائمة مقام الدخول في حق تكميل المهر ووجوب العدة لافي حق جميع الاحكام حتى ان صريح الطلاق بينهما بعد الخلوة الصحيحة وكذلك ان كان النكاح الاول فاسداوكان دخل بها بشبهة ثم تزوجها نكاحا صحيحا في العدة وان كان النكاح الاول صحيحا والثاني فاسدا نفرق بينهما قبل الدخول لايجب المهر بالاتفاق **قوله** واما المهاجرة فوجه قولهما ان الفرقة لو وقعت بسبب آخر نحو الموت ومطاوعة ابن الزوج **قوله** بخلاف ما اذا هاجر الرجل وتركها اي في دار الحرب لاتجب عليها العدة بالاتفاق لعدم تبليغ الخطاب لانها في دار الحرب **قوله** وله قوله تعالى

ا

فصل

قال وعلى المبتوتة والمتوفى عنها زوجها اذا كانت بالغة مسلمة الحداد اما المتوفى عنها زوجها فلقوله عليه السلام لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر ان تحد على ميت فوق ثلثة ايام الا على زوجها اربعة اشهر وعشرا واما المبتوتة فمذهبنا وقال الشافعي رحمه الله تعالى لا حداد عليها لانه وجب اظهارا للتأسف على فوت زوج وفي بعهدها الى مماته وقد اوحشها بالابانة فلا تأسف بفوته ولنا ماروي ان النبي عليه السلام نهى المعتدة ان تختضب بالحناء وقال الحناء طيب

ولا جناح عليكم ان تنكحوهن فقد اباح لنا نكاح المهاجرة بنفس الهجرة فمن قال لا يحل مالم تحض ثلث حيض بعد الهجرة فقد زاد على النص ثم وضع المسئلة في المهاجرة المسلمة والحكم في الذمية كذا ذكره الامام التمرتاشي رحمه الله خرج احد الزوجين الينا مسلما او ذميا او مستأمنا ثم اسلم او صار ذميا والآخر على حربه ثمه فقد زالت الزوجية ثم ان كانت المرأة هي الخارجة فلا عدة عليها وقال ابويوسف ومحمد رحمهما الله عليها العدة ولا نفقة لها وان كان الخارج هو الرجل فله ان يتزوج اربعا سواها وفيهن اختها والله تعالى اعلم بالصواب *

فصل

قوله وعلى المبتوتة والمتوفى عنها زوجها اذا كانت بالغة مسلمة الحداد اما المتوفى عنها زوجها فلقوله عليه السلام لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر ان تحد على ميت فوق ثلثة ايام الا على زوجها اربعة اشهر وعشرا التمسك بالحديث في ايجاب الاحداد مشكل لان مقتضاه حلال الاحداد للمتوفى عنها زوجها لانه استثناء من التحريم والاستثناء من التحريم

ولانه يجب اظهارا للتأسف على فوت نعمة النكاح الذي هو سبب لصونها وكفاية مؤنها والابانة اقطع لها من الموت حتى كان لها ان تغسله ميتا قبل الابانة لا بعدها والحداد ويقال الاحداد وهما لغتان ان تترك الطيب والزينة والكحل والدهن المطيب وغير المطيب الامن عذر وفى الجامع الصغير الامن وجع والمعنى فيه وجهان احدهما ماذكرنا من اظهار التأسف والثاني ان هذه الاشياء دواعي الرغبة فيها وهي ممنوعة عن النكاح فتجتنبها كيلا تصير ذريعة الى الوقوع فى المحرم وقد صح ان النبي عليه السلام لم يأذن للمعتدة فى الاكتحال والدهن لايعري عن نوع طيب وفيه زينة الشعر ولهذا يمنع المحرم عنه *

قال الامن عذر لان فيه ضرورة والمراد الدواء لا الزينة ولو اعتادت الدهن فخافت وجعا فان كان ذلك امرا ظاهرا يباح لها لان الغالب كالواقع

احلال ولا كلام فيه انما الكلام فى الايجاب والحديث لايدل عليه واجيب بان قوله لايحل نفي لاحلال الاحداد ونفي احلال الاحداد نفي الاحداد فيكون الاستثناء اثباتا للاحداد فصار التقدير لاتحد امرأة على ميت فوق ثلثة ايام الا على زوجها فانها تحد عليه اربعة اشهر وعشرا وقد روي هذا الحديث فى الصحيح والمبسوط لايحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر ان تحد على ميت فوق ثلثة ايام الا على زوجها فانها تحد عليه اربعة اشهر وعشرا ووجه التمسك به على هذا الوجه ظاهر فانه اخبار عن احدادها والاخبار فى اقتضاء الفعل آكد من الامر على ما عرف فيكون الاحداد واجبا *

قوله لانه يجب اظهارا للتأسف على فوت نعمة النكاح فان قيل لو شرع الحداد لفوات نعمة النكاح لوجب على الزوج كما وجب على الزوجة لان نعمة الزوجية مشتركة بينهما قلنا الحداد ماوجب الا تبعا للعدة وهي عليها لا عليه فلو وجب الحداد عليه لوجب

وكذا لبس الحرير اذا احتاجت اليه لعذر لا باس به ولا تختضب بالحناء لما روينا ولا تلبث ثوبا مصبوغا بعصفر ولا زعفران لانه تفوح منه رائحة الطيب

قال ولا حداد على كافرة لانها غير مخاطبة بحقوق الشرع ولا على صغيرة لان الخطاب موضوع عنها وعلى الامة الاحداد لانها مخاطبة بحقوق الله تعالى فيما ليس فيه ابطال حق المولى بخلاف المنع من الخروج لان فيه ابطال حقه وحق العبد مقدم لحاجته قال وليس في عدة ام الولد ولا في عدة النكاح الفاسد احداد لانها ما فاتها نعمة النكاح لتظهر التأسف

قصدا او انه لم يشرع قصدا ولهذا لم يشرع لفوات الاب مع انه مسبب لوجودها وحيوتها لعدم العدة فان قيل كيف يجوز اظهار التأسف وقد قال الله تعالى لكيلا تأسوا على مافاتكم ولا تفرحوا بما اتاكم قلنا المراد بها الفرح مع الصياح والاسى مع الصياح كذا عن ابن مسعود رضي الله عنه موقوفا ومرفوعا الى النبي صلى الله عليه وسلم وعلى المختلعة الحداد لان وجوبه يدور مع فوت نعمة النكاح وقد فاتت وان طلبت الخلاص منه حيث افتدت نفسها بالمال •

قوله وكذا لبس الحرير اذا احتاجت اليه بان كانت بها حكة **قوله** ولا حداد على كافرة الحداد لا يجب على خمس نسوة المطلقة طلاقا رجعيا والمعتدة عن نكاح فاسد والكتابية والصبية وام الولد اذا اعتقت **قوله** لان الخطاب موضوع عنها ولا يلزم على هذا وجوب العدة على الصغيرة لانها لا تخاطب بها لكن يخاطب الولي بان لا يزوجها حتى تنقضي عدتها على ان العدة مجرد مضي المدة فثبوتها في حقها لا يؤدي الى توجه خطاب الشرع بخلاف الحداد فان قيل وجب ان يؤمر وليها بالمنع عن الخروج كما يؤمر بمنعها عن محرمات الشرع قلنا في امر الولي بالمنع عن الخروج وترك الزينة لا يحصل المقصود وهو اظهار التأسف لان الصغيرة لا تأسف لها بخلاف المنع عن محرمات الشرع لانه اشتمل على المقصود وهو الاجتناب عن القبيح

والاباحة اصل ولا ينبغي ان يخطب المعتدة . ولا باس بالتعريض فى الخطبة لقوله تعالى ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء الى ان قال ولكن لا تواعدوهن سرا الا ان تقولوا قولا معروفا وقال عليه السلام السر النكاح وقال ابن عباس رضي الله عنه التعريض ان يقول اني اريد ان اتزوج وعن سعيد بن جبير رضي الله عنه فى القول المعروف اني فيك لراغب واني اريد ان تجتمع ولا يجوز للمطلقة الرجعية والمبتوتة الخروج من بيتها ليلا ولا نهارا والمتوفى عنها زوجها تخرج نهارا وبعض الليل ولا تبيت في غير منزلها اما المطلقة فلقوله تعالى ولا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا ان يأتين بفاحشة مبينة قيل الفاحشة نفس الخروج وقيل الزنا ويخرجن لاقامة الحد واما المتوفى عنها زوجها فلانه لا نفقة لها فتحتاج الى الخروج نهارا لطلب المعاش وقد يمتد الى ان تهجم الليل ولا كذلك المطلقة لان النفقة دارة عليها من مال زوجها

قوله والاباحة اصل اي اباحة استعمال الطيب اصل قال الله تعالى قل من حرم زينة الله التي اخرج لعباده اي من الثياب وما يتجمل به والاستفهام لانكار تحريم هذه الاشياء **قوله** ولا باس بالتعريض فى الخطبة ذكر فى النهاية اراد به المتوفى عنها زوجها لان التعريض لا يجوز للمطلقة لانه لا يجوز لها الخروج من منزلها اصلا فلا يتمكن عن التعريض لها على وجه يخفى على الناس فاما المتوفى عنها زوجها يباح لها الخروج نهارا فيمكنه التعريض لها على وجه لا يقف على سواها كذا في شرح التأويلات والتعريض ان يذكر شيئا يدل به على شيء لم يذكره **قوله** ولكن لا تواعدوهن سرا اي فاذكروهن ولكنه لا تواعدوهن سرا اي وطئا لانه مما يسر الا ان تقولوا قولا معروفا وهو ان تعرضوا ولا تصرحوا والاستثناء يتعلق بلا تواعدوهن اي لا تواعدوهن مواعدة قط الا مواعدة معروفة كذا فى الكشاف .

حتى لو اختلعت على نفقة عدتها قيل انها تخرج نهارا وقيل لا تخرج لانها اسقطت حقها فلا يبطل به حق عليها وعلى المعتدة ان تعتد فى المنزل الذي يضاف اليها بالسكنى حال وقوع الفرقة والموت لقوله تعالى ولا تخرجوهن من بيوتهن والبيت المضاف اليها هو البيت الذي تسكنه ولهذا لو زارت اهلها وطلقها زوجها كان عليها ان تعود الى منزلها فتعتد فيه قال عليه السلام للتي قتل زوجها اسكني في بيتك حتى يبلغ الكتاب اجله وان كان نصيبها من دار الميت لا يكفيها فاخرجها الورثة من نصيبهم انتقلت لان هذا انتقال بعذر والعبادات تؤثر فيها الاعذار وصار كما اذا خافت على متاعها اوخافت سقوط المنزل اوكانت فيها باجر ولا تجد مايؤديه ثم ان وقعت الفرقة بطلاق بائن اوثلث لا بد من سترة بينهما ثم لا باس بتركها لانه معترف بالحرمة الا ان يكون فاسقا يخاف عليها منه فحينئذ تخرج لانه عذر ولا تخرج عما انتقلت اليه

قوله حتى لو اختلعت على نفقة عدتها قيل انها تخرج نهارا ولو اختلعت على ان لا سكنى لها فان مؤنة السكنى تبطل عن الزوج ويلزمها ان تكتري بيت الزوج فاما ان يحل لها الخروج فلا وعن محمد رحمه الله انه قال المتوفى عنها زوجها لا باس ان تغيب عن بيتها اقل من نصف الليل **قوله** ولهذا لو زارت اهلها وطلقها زوجها كان عليها ان تعود الى منزلها اي من غير تأخير وكذا لو كان معها زوجها **قوله** ثم ان وقعت الفرقة بطلاق بائن اوثلث لا بد من سترة بينهما يعني اذا لم يكن للزوج الا بيت واحد وكذا هذا فى الوفات اذا كان من ورثته من ليس بمحرم لها كذا فى المبسوط **قوله** ثم لا باس اي بالمساكنة بعد اتخاذ السترة

والاولى ان يخرج هو ويتركها وان جعلا بينهما امرأة ثقة تقدر على الحيلولة فحسن وان ضاق عليهما المنزل فتخرج والاولى خروجه ٭

قال واذا خرجت المرأة مع زوجها الى مكة فطلقها ثلثا او مات عنها في غير مصر فان كان بينها وبين مصرها اقل من ثلثة ايام رجعت الى مصرها لانه ليس بابتداء الخروج معنى بل هو بناء وان كانت مسيرة ثلثة ايام ان شاءت رجعت وان شاءت مضت سواء كان معها ولي اولم يكن معناه اذا كان الى المقصد ثلثة ايام ايضا لان المكث في ذلك المكان اخوف عليها من الخروج الا ان الرجوع اولى ليكون الاعتداد في منزل الزوج ٭

قال الا ان يكون طلقها او مات عنها زوجها في مصر فانها لا تخرج حتى تعتد ثم تخرج ان كان لها محرم وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمه الله ان كان معها محرم فلا باس بان تخرج من المصر قبل ان تعتد لهما ان نفس الخروج مباح دفعا لاذى الغربة ووحشة الوحدة فهذا عذر وانما الحرمة للسفر وقد ارتفعت بالمحرم وله ان العدة امنع من الخروج من عدم المحرم فان للمرأة ان تخرج الى مادون السفر بغير محرم وليس للمعتدة ذلك فلما حرم عليها الخروج الى السفر بغير المحرم ففي العدة اولى والله تعالى اعلم بالصواب ٭

قوله والاولى ان يخرج هو ويتركها لان مكثها في منزل الزوج واجب ومكثه فيه ليس بواجب فكان انتقاله اولى واذا انتقلت كان تعيين الموضع الذي ليس تنتقل اليه الى الزوج وفي الوفاة تعيينه اليها **قوله** في غير مصر اي في مفازة **قوله** فان كان بينها وبين مصرها اقل من ثلثة ايام رجعت الى مصرها اي سفر كان المقصد اودونه **قوله** الا ان يكون طلقها او مات عنها في مصر المصر ليس بشرط وكذا الحكم في قرية تقدر على المقام بها والله تعالى اعلم بالصواب ٭

باب ثبوت النسب

ومن قال ان تزوجت فلانة فهي طالق فتزوجها فولدت ولدا لستة اشهر من يوم تزوجها فهوا بنه وعليه المهر اما النسب فلانها فراشه لانها لما جاءت بالولد لستة اشهر من وقت النكاح فقد جاءت به لاقل منها من وقت الطلاق فكان العلوق قبله في حالة النكاح والتصور ثابت

باب ثبوت النسب

قوله فولدت ولدا لستة اشهر اي من غير زيادة ولا نقصان لانها اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر من حين تزوجها لا يثبت النسب لان علوق هذا الولد كان سابقا على النكاح قبل ثبوت الفراش فلا يكون منه وان جاءت به لاكثر من ستة اشهر لا يثبت النسب ايضا لانه حين طلق حكمنا انه لا عدة عليها لانها مطلقة قبل الدخول والخلوة ولم يتيقن ببطلان هذا الحكم لاحتمال انه علق من زوج آخر بعد الطلاق بخلاف ما اذا جاءت به لستة اشهر من وقت التزوج لانها لما جاءت به لستة اشهر من وقت التزوج فقد جاءت بالولد لاقل من ستة اشهر من وقت الطلاق فتيقنا بقيام الولد في البطن وقت الطلاق فجعلنا العلوق منه احتياطا لامر النسب اذ لو جعلنا هذا من علوق قبل النكاح كان فيه اضاعة الولد وابطال النكاح الجائز والطلاق الواقع من حيث الظاهر واحالة الولد الى ابعد الاوقات وذلك لا يجوز والمراد من قوله يوم تزوجها حين تزوجها **قوله** فقد جاءت به لاقل منها من وقت الطلاق لان التزوج شرط الطلاق والمشروط يعقب الشرط بزمان وان لطف

بان تزوجها وهو يخالطها فوافق الانزال النكاح والنسب يحتاط في اثباته واما المهر فلانه لما ثبت النسب منه جعل وطئا حكما فتأكد المهر به ويثبت نسب ولد المطلقة الرجعية اذا جاءت به لسنتين اواكثر مالم تقر بانقضاء عدتها لاحتمال العلوق في حالة العدة لجواز انها تكون ممتدة الطهر وان جاءت به لاقل من سنتين بانت من زوجها بانقضاء العدة وثبت نسبه لوجود العلوق في النكاح او في العدة فلا يصير مراجعا لانه يحتمل العلوق قبل الطلاق ويحتمل بعده فلا يصير مراجعا بالشك

قوله بان تزوجها وهو يخالطها خالط امرأة فدخل عليها الرجال فتزوجها وهو يخالطها والداخلون يسمعون كلامهما فوافق الانزال النكاح فيكون العلوق حاصلا قبل زوال الفراش ضرورة لان الطلاق لا يقع الا بعد تمام الشرط وزوال الفراش حكم الطلاق فيكون بعد الطلاق اومعه وعليه المهر وفي القياس وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله مهر ونصف مهر اما النصف فللطلاق قبل الدخول واما المهر فبالدخول وذكر الامام التمرتاشي رحمه الله عن نصير رحمه الله تزوج امرأة في حال ما يطأها فعليه مهران مهر بالزنا لانه سقط الحد حين تزوجها قبل تمامه ومهر بالنكاح لان هذا اكثر من الخلوة وفي المنتقى لايكون به محصنا وفي شرح ابي اليسر ان تزوجتك فانت طالق ثلثا فتزوجها ودخل بها ينبغي ان لا يجب عليهما الحد ويجب المهر وقالوا يجب عليهما وفي جمع النسفي لو جاءت بولد فانه يرثه وهو منصوص عن اصحابنا رحمهم الله وان حرمت عليه بالثلث فلم يبق نكاح ولا عدة ولكن لما كان فصلا مجتهدا فيه لم ينقطع النسب **قوله** فلا يصير مراجعا بالشك فان قيل ينبغي ان يصير مراجعا لان الطلاق الرجعي لا يحرم الوطئ والاصل في الحوادث ان يضاف الى اقرب الاوقات قلنا الرجعة بالفعل خلاف السنة وكما لا يظن بالعاقل المسلم الاقدام على الحرام لا يظن به الاقدام على خلاف السنة

وان جاءت به لاكثر من سنتين كانت رجعة لان العلوق بعد الطلاق والظاهر انه منه لانتفاء الزنا منها فيصير بالوطئ مراجعا والمبتوتة يثبت نسب ولدها اذا جاءت به لاقل من سنتين لانه يحتمل ان يكون الولد قائما وقت الطلاق فلا يتيقن بزوال الفراش قبل العلوق فيثبت النسب احتياطا فان جاءت به لتمام سنتين من وقت الفرقة لم يثبت لان الحمل حادث بعد الطلاق فلا يكون منه لان وطئها حرام ٭

قال الا ان يدعيه لانه التزمه وله وجه بان وطئها بشبهة في العدة فان كانت المبتوتة صغيرة يجامع مثلها فجاءت بولد لتسعة اشهر لم تلزمه حتى تأتي به لاقل من تسعة اشهر عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله يثبت النسب منه الى سنتين لانها معتدة يحتمل ان تكون حاملا ولم تقر بانقضاء العدة فاشبهت الكبيرة ولهما ان لانقضاء عدتها جهة متعينة وهو الاشهر

قوله وان جاءت به لاكثر من سنتين كانت رجعة لان العلوق بعد الطلاق والظاهر انه منه لانتفاء الزنا منها فان قيل يحمل على انها تزوجت بزوج آخر بعد انقضاء العدة قلنا الحكم بابقاء النكاح الاول عند الاحتمال اسهل من الحكم بانشاء نكاح آخر فيجب القول به **قوله** فان جاءت به لتمام سنتين من وقت الفرقة لم يثبت فان قيل ماذكرتم من التصوير في اول الباب موجود ههنا بان خالطها فطلقها فوافق الانزال الطلاق مع ان اول الفعل هنا واقع في الملك قلنا ماذكرنا من الاحتمال وتصوير طريق متعين لحمل امرها على الصلاح لانه لو لم يثبت النسب من الزوج فلابد ان يحمل على انه من زوج آخر قبله لانه لاصلاح في ان يحمل انه من الزنا واذا حمل انه من زوج آخر قبله يكون هذا النكاح فاسدا لانها تكون حينئذ منكوحة او معتدة وفي الوجهين حمل امرها على الفساد بخلاف المبتوتة لانه يحتمل انها انقضت عدتها وتزوجت بزوج آخر لكنه لم يظهر ذلك ولا فساد فيه فيحمل عليه

فبمضيها يحكم الشرع بالانقضاء وهو في الدلالة فوق اقرارها لانه لا يحتمل الخلاف والاقرار يحتمله وان كانت مطلقة طلاقا رجعيا فكذلك الجواب عندهما وعنده يثبت الى سبعة وعشرين شهرا لانه يجعل واطئا في آخر العدة وهي الثلثة الاشهر ثم تأتي به لاكثر مدة الحمل وهي ثنتان وان كانت الصغيرة ادعت الحبل في العدة فالجواب فيها وفي الكبيرة سواء لان باقرارها يحكم ببلوغها ويثبت نسب ولد المتوفى عنها زوجها مابين الوفاة وبين السنتين وقال زفر رحمه الله تعالى اذا جاءت به بعد انقضاء عدة الوفاة لستة اشهر لا يثبت النسب لان الشرع حكم بانقضاء عدتها بالشهور لتعين الجهة فصار كما اذا اقرت بالانقضاء كما بينا في الصغيرة الا انا نقول لانقضاء عدتها جهة اخرى وهو وضع الحمل بخلاف الصغيرة لان الاصل فيها عدم الحمل لانها ليست بمحل قبل البلوغ وفيه شك واذا اعترفت المعتدة بانقضاء عدتها ثم جاءت بالولد لاقل من ستة اشهر يثبت نسبه لانه ظهر كذبها بيقين فبطل الاقرار وان جاءت به لستة اشهر لم يثبت لانا لم نعلم ببطلان الاقرار لاحتمال الحدوث بعده وهذا اللفظ باطلاقه يتناول كل معتدة

قوله فبمضيها يحكم الشرع بالانقضاء ولا يقال في هذا قطع النسب لانا نقول النسب لاينقطع بالشك اذا وجد سبب النسب وفيما قلتم جعل ما ليس بسبب سببا بالشك لان النكاح في الصغيرة ما كان سببا قبل البلوغ لعدم ماء المرأة وانما يصير سببا بعد البلوغ فلا يجعل سببا بالشك **قوله** واذا اعترفت المعتدة يريد اي معتدة كانت بانقضاء عدتها ثم جاءت بولد لاقل من ستة اشهر اي من وقت الاقرار يثبت نسبه وان جاءت به لستة اشهر لم يثبت فان قيل فيه حمل امرها على الزنا قلنا نحمله على نكاح صحيح مبتدء لم يظهر لنا فان قيل هذا اقرار يتضمن ابطال حق الولد لما فيه من ابطال ما يثبت

واذا ولدت المعتدة ولدا لم يثبت نسبه عند ابي حنيفة رحمه الله الا ان يشهد بولادتها رجلان اورجل وامرأتان الا ان يكون هناك حبل ظاهر او اعتراف من قبل الزوج فيثبت النسب بغير شهادة وقال ابويوسف ومحمد رحمهما الله يثبت في الجميع بشهادة امرأة واحدة لان الفراش قائم بقيام العدة وهو ملزم للنسب والحاجة الى تعيين الولد فيتعين بشهادتها كما في حال قيام النكاح ولابي حنيفة رحمه الله تعالى ان العدة تنقضي باقرارها بوضع الحمل والمنقضي ليس بحجة فمست الحاجة الى اثبات النسب ابتداء فيشترط كمال الحجة بخلاف ما اذا كان ظهر الحبل اوصدر الاعتراف من الزوج لان النسب ثابت قبل الولادة والتعيين يثبت بشهادتها

له من حق النسب فيرد قلنا يجوز ابطال حق الغير بقول الامين اذا لم يصر مكذبا كما لو اخبرت بمضي العدة بالحيض فانها تصدق وان تضمن ابطال حق الزوج في الرجعة ٠

قوله واذا ولدت المعتدة ولدا لم يثبت نسبه عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى الا ان يشهد بولادتها رجلان اورجل وامرأتان سواء كانت المعتدة هذه مطلقة طلاقا رجعيا او مبتوتة او متوفى عنها زوجها ولا يقضى بشهادة القابلة الا اذا كان الزوج قد اقر بالحبل اوكان الحبل ظاهرا وعندهما يقضى بشهادة القابلة اذا كانت مسلمة حرة عدلة ولا يقال كيف تقبل شهادة الرجال ههنا ولا يحل لهم النظر الى العورة لانا نقول انهم لا يقولون لعمدنا النظر وانما وقع ذلك اتفاقا اوقد خلت المرأة بين يدي الشهود بيتا بعدما علموا انه ليس فيه غيرها ثم خرجت مع الولد فيعلمون انها ولدته ثم عند الحاجة الى ان تحمل الشهادة يباح النظر للرجال كما في الشهادة على الزنا والحاجة تتحقق اذا لم يكن هناك مؤيد

فان كانت معتدة عن وفات فصدقها الورثة في الولادة ولم يشهد على الولادة احد فهوابنه في قولهم جميعا وهذا في حق الارث ظاهر لانه خالص حقهم فيقبل فيه تصديقهم اما في حق النسب هل يثبت في حق غيرهم قالوا اذا كانوا من اهل الشهادة يثبت لقيام الحجة ولهذا قيل تشترط لفظة الشهادة وقيل لا تشترط لان الثبوت في حق غيرهم تبع للثبوت في حقهم باقرارهم وما ثبت تبعا لا يراعى فيه الشرائط واذا تزوج الرجل امرأة فجاءت بولد لاقل من ستة اشهر منذ يوم تزوجها لم يثبت نسبه لان العلوق سابق على النكاح فلا يكون منه وان جاءت به لستة اشهر فصاعدا يثبت نسبه منه اعترف به الزوج اوسكت لان الفراش قائم والمدة تامة فان جحد الولادة يثبت بشهادة امرأة واحدة تشهد بالولادة حتى لو نفاه الزوج يلاعن لان النسب يثبت بالفراش القائم واللعان انما يجب بالقذف وليس من ضرورته وجود الولد فانه يصح بدونه

قوله فان كانت معتدة عن وفات فصدقها الورثة ومعنى التصديق هو ان يقر جميع الورثة فيشاركهم باقرارهم واقربه جماعة بقطع الحكم بشهادتهم فان صدقها رجلان منهم اورجل وامرأتان منهم فوجب الحكم باثبات نسبه حتى يشارك المصدقين والمنكرين وهذا معنى قوله بان كانوا من اهل الشهادة ثم قيل يشترط لفظ الشهادة في مجلس القضاء لان النسب لايثبت في حق الناس كافة الا بلفظ الشهادة لان الحجة المتعدية هي الشهادة وقيل لايشترط لعدم المنازعة لان الثبوت في حق غيرهم تبع للثبوت في حقهم باقرارهم وماثبت بناء لايراعى فيه الشرائط كالعبد مع المولى والجندي مع السلطان في حق الاقامة ووقف المنقول بناء على وقف العقار **قوله** لان النسب يثبت بالفراش القائم واللعان انما يجب بالقذف هذا جواب سؤال يرد على قوله حتى لو نفاه الزوج يلاعن وهو ان يقال ان ثبوت اللعان بناء على شهادة القابلة واللعان قائم مقام الحد فينبغي

فان ولدت ثم اختلفا فقال الزوج تزوجتك منذ اربعة اشهر وقالت هي منذ ستة اشهر فالقول قولها وهو ابنه لان الظاهر شاهد لها فانها تلد ظاهرا من نكاح لا من سفاح ولم يذكر الاستحلاف .

ان لا يجب لان شهادة النساء غير معتبرة في الحدود فاجاب عنه بان القاذف نفى نسب الولد والنسب لم يثبت بشهادة القابلة بل يثبت بالفراش القائم وشهادة المرأة انما كانت لتعيين الولد واللعان وجب بالقذف وليس من ضرورة اللعان وجود الولد لان اللعان يتصور بدون الولد بان قذف منكوحته بالزنا فلم يكن لشهادة القابلة اثر لا في ثبوت النسب ولا في وجوب اللعان لان ثبوت النسب بالفراش ووجوب اللعان بالقذف وهو قوله ليس مني ولا اتصال له بالولد ونظير هذا ما اذا ثبتت الرمضانية بشهادة الفرد ثم افطر انسان بعد ذلك متعمدا وجبت الكفارة عليه والكفارة في الافطار تجري مجرى الحد حيث يندرئ بالشبهات .

قوله فان ولدت ثم اختلفا الى قوله لان الظاهر شاهد لها فان قيل الظاهر شاهد له لان الحوادث تضاف الى اقرب الاوقات وجود النكاح حادث قلنا النسب مما يحتاط فيه فمتى تعارض الظاهران وجب اثباته الا ترى ان النسب يثبت بالايماء وسائر التصرفات لا يثبت به اذا كان الايماء من الناطق فان قيل وجب ان يحرم لان هذا اقرار منه بتزوجه اياها وهي حبلى وصار هذا كما اذا ادعى انه تزوجها بغير شهود قلنا الفرق بينهما من وجهين احدهما ان النكاح بغير شهود فاسد لا محالة ونكاح الحبلى ليس بفاسد لا محالة لجواز انها حبلى من الزنا والثاني انه وان اقر بالحرمة الا ان الشرع كذبه في ذلك حيث اثبت النسب منه والاقرار اذا قابله تكذيب من جهة القاضي يبطل كذا في الفوائد الظهيرية .

وهوعلى الاختلاف وان قال لأمرأته اذا ولدت ولدا فانت طالق فشهدت امرأة على الولادة لم تطلق عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تطلق لان شهادتها حجة في ذلك قال صلى الله عليه وسلم شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه ولانها لما قبلت على الولادة تقبل فيما يبتني عليها وهو الطلاق ولابي حنيفة رحمه الله انها ادعت الحنث فلا يثبت الا بحجة تامة وهذا لان شهادتهن ضرورية في الولادة فلا تظهر في حق الطلاق لانه ينفك عنها وان كان الزوج قد اقر بالحبل طلقت من غير شهادة عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما تشترط شهادة القابلة لانه لا بد من حجة لدعواها الحنث وشهادتها حجة فيه على ما بينا ولابي حنيفة رح ان الاقرار بالحبل اقرار بما يفضي اليه وهو الولادة ولانه اقر بكونها مؤتمنة فيقبل قولها في رد الامانة قال واكثر مدة الحمل سنتان لقول عايشة رض عنها الولد لا يبقى في البطن اكثر من سنتين

قوله وهوعلى الاختلاف اي على الاختلاف المذكور في الاشياء الستة لانه اختلاف في النسب او في النكاح قوله لانه ينفك عنها اي الطلاق ينفك عن الولادة في الجملة وان صار من لوازمها هنا وصار كمن اشترى لحما فشهد مسلم عدل انه ذبيحة مجوسي قبلت شهادته في حق حرمة الاكل ولا يثبت كون الذابح مجوسيا في حق الرجوع على البائع بشهادة الواحد قوله ولابي حنيفة رحمه الله ان الاقرار بالحبل اقرار بما يفضي اليه وهو الولادة لان الولد الكائن في الرحم لا يخلو عن الخروج لا محالة حيا اوميتا فالتعليق بالولادة بعد الاقرار بالحبل تعليق بامر كائن لا محالة فتقبل قولها فيه كما اذا علق طلاقها بالحيض بل اولى لان الولد الكائن في الرحم يولد لا محالة واما الحيض فبناء على العادة قوله واكثر مدة الحمل سنتان وقال الشافعي رحمه الله اربع سنين لان الضحاك ولدته امه لاربع سنين بعد ما نبتت ثنيتاه وهو يضحك فسمي ضحاكا

ولو بظل مغزل واقله ستة اشهر لقوله تعالى وحمله وفصاله ثلثون شهرا ثم قال وفصاله في عامين فبقي للحبل ستة اشهر والشافعي رحمه الله تعالى عليه يقدرا لاكثر باربع سنين والحجة عليه ما رويناه والظاهر انها قالته سماعا اذ العقل لا يهتدي اليه

ومن تزوج امة فطلقها ثم اشتراها فان جاءت بولد لاقل من ستة اشهر منذ يوم اشتراها لزمه والا لم يلزمه لانه في الوجه الاول ولد المعتدة فان العلوق سابق على الشراء وفي الوجه الثاني ولد المملوكة لانه يضاف الحادث الى اقرب وقته فلا بد من دعواه وهذا اذا كان الطلاق واحدا بائنا او خلعا او رجعيا اما اذا كان اثنين يثبت النسب الى سنتين من وقت الطلاق لانها حرمت عليه حرمة غليظة فلا يضاف العلوق الا الى ما قبله لانها لا تحل بالشراء

قوله ولو بظل مغزل اي بقدر ظل مغزل حال الدوران لان ظل المغزل حالة الدوران اسرع زوالا من سائر الظلال والغرض تقليل المدة وفي بعض الكتب ولو بفلكة مغزل ذكر في المغرب هذا على حذف المضاف وقد جاء صريحا في شرح الارشاد ولو بدور فلكة مغزل وهو مثل في الدوران والغرض تقليل المدة وبقاء الولد في بطن امه اكثر من سنتين في غاية الندرة فلا يجوز بناء الحكم عليه مع انه لا اصل لما يحكى في هذا الباب فان الضحاك ما كان يعرف ذلك من نفسه وكذلك غيره لان ما في الرحم لا يعرفه الا الله تعالى **قوله** ومن تزوج امة فطلقها ثم اشتراها اي طلقها بعد الدخول اذ لو كان قبل الدخول بها لا يلزمه الولد الا ان يجيء به لاقل من ستة اشهر مذ فارقها **قوله** لانها لا تحل بالشراء فان قيل وجب ان تحل لاطلاق قوله تعالى او ما ملكت ايمانهم قلنا وجب ان لا تحل لقوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره والطلقة الثانية في الاماء بمنزلة الثالثة في الحرائر والمحرم اولى بالاعتبار

ومن قال لامته ان كان في بطنك ولد فهو مني فشهدت على الولادة امرأة فهي ام ولده لان الحاجة الى تعيين الولد ويثبت ذلك بشهادة القابلة بالاجماع ومن قال لغلام هو ابني ثم مات فجاءت ام الغلام وقالت انا امرأته فهي امرأته وهو ابنه نرثانه وفي النوادر جعل هذا جواب الاستحسان والقياس ان لايكون لها الميراث لان النسب كما يثبت بالنكاح الصحيح يثبت بالنكاح الفاسد وبالوطئ عن شبهة وبملك اليمين فلم يكن قوله اقرارا بالنكاح وجه الاستحسان ان المسئلة فيما اذا كانت معروفة بالحرية وبكونها ام الغلام والنكاح الصحيح هو المتعين لذلك وضعا وعادة ولو لم يعلم بانها حرة فقالت الورثة انت ام ولد فلا ميراث لها لان ظهور الحرية باعتبار الدار حجة في دفع الرق لا في استحقاق الارث والله تعالى اعلم بالصواب

قوله ومن قال لامته ان كان في بطنك ولد فهو مني فشهدت على الولادة امرأة فهي ام ولده هذا اذا ولدت لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار فان ولدت لستة اشهر فصاعدا لا يلزمه لاحتمال انها حبلت بعد قول المولى فلم يكن المولى مدعيا هذا الولد بخلاف الفصل الاول لتيقننا بقيام الولد في البطن وقت الاقرار وانما يثبت النسب لقيام الفراش بقوله ان كان في بطنها ولد فهو مني والحاجة الى تعيين الولد وذا يثبت بشهادة القابلة اجماعا **قوله** فهي امرأته وهو ابنه ترثانه فان قيل ينبغي ان لاترث المرأة لما ان هذا النكاح ثابت بطريق الاقتضاء فثبت بقدر الضرورة وهي تصحيح النسب دون الارث قلنا النكاح على ما هو الاصل ليس بمتنوع من نكاح وهو سبب لاستحقاق الارث ونكاح هو ليس بسبب له فلما ثبت النكاح بطريق الاقتضاء ثبت ما هو من لوازمه التي لا تنفك عنه شرعا بطريق الاصالة بخلاف نكاح الكتابية والامة لانه من العوارض لا من الاصول فلا يرد نقضا والله تعالى اعلم بالصواب ،

باب الولد من احق به

واذا وقعت الفرقة بين الزوجين فالام احق بالولد لما روي ان امرأة قالت يا رسول الله ان ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثديي له سقاء وزعم ابوه انه ينزعه مني فقال صلى الله عليه وسلم انت احق به مالم تتزوجي ولان الام اشفق واقدر على الحضانة فكان الدفع اليها انظر واليه اشار الصديق رضي الله عنه ريقها خير له من شهد وعسل عندك يا عمر قاله حين وقعت الفرقة بينه وبين امرأته والصحابة حاضرون متوافرون والنفقة على الاب على مانذكر ولا تجبر الام عليه لانها عست تعجز عن الحضانة فان لم تكن له ام فام الام اولى وان بعدت لان هذه الولاية تستفاد من قبل الامهات فان لم تكن ام الام فام الاب اولى من الاخوات لانها من الامهات ولهذا تحرز ميراثهن السدس ولانها اوفر شفقة للاولاد فان لم تكن له جدة فالاخوات اولى من العمات والخالات لانهن بنات الابوين ولهذا قدمن في الميراث

باب الولد من احق به

قوله واذا وقعت الفرقة بين الزوجين فالام احق بالولد ولا تجبر عليه اي على اخذ الولد اذا ابت اولم تطلب الا ان لايكون للولد ذو رحم محرم سوى الام فحينئذ تجبر الام على حضانته كيلا يفوت حق الولد اصلا لانه لاشفقة للاجنبية اصلا كذا في مبسوط شيخ الاسلام رحمه الله وذكر الامام التمرتاشي رحمه الله ولا تجبر الام على الحضانة لانها عست لاتقدر واختيار ابي الليث والهندواني رحمهما الله تعالى انها تجبر لان ذلك حق الولد وان امتنع الاب عن اخذ الولد بعد استغنائه من الام تجبر لان نفقته وصيانته عليه **قوله** فان لم تكن له ام اي ماتت او تزوجت اجنبيا فام الام اولى من ام الاب لان هذه الولاية تستفاد من قبل

وفي رواية الخالة اولى من الاخت لاب لقوله صلى الله عليه وسلم الخالة والدة وقيل في قوله تعالى ورفع ابويه على العرش انها كانت خالته وتقدم الاخت لاب وام لانها اشفق ثم الاخت من الام ثم الاخت من الاب لان الحق لهن من قبل الأم ثم الخالات اولى من العمات ترجيحا لقرابة الام وينزلن كما نزلنا الاخوات معناه ترجح ذات قرابتين ثم قرابة الام ثم العمات ينزلن كذلك وكل من تزوجت من هؤلاء سقط حقها لما روينا ولان زوج الام اذا كان اجنبيا يعطيه نزرا وينظر اليه شزرا فلا نظر •

قال الا الجدة اذا كان زوجها الجد لانه قام مقام ابيه فينظر له وكذلك كل زوج هو ذو رحم محرم منه لقيام الشفقة نظرا الى القرابة القريبة ومن سقط حقها بالتزوج يعود اذا ارتفعت الزوجية لان المانع قد زال فان لم تكن للصبي امرأة من اهله فاختصم فيه الرجال

الامهات لان حق الحضانة بسبب الاموميه وهي ام تدلي بام فهي اولى من ام الاب لانها تدلي بقرابة الاب وقرابة الام في الحضانة مقدمة على قرابة الاب وتستوي ان كانت مسلمة او كتابية او مجوسية لان حق الحضانة لها الشفقة على الولد ولا يختلف ذلك باختلاف الدين فان لم تكن فام الاب اولى وقال زفر رحمه الله الاخت لاب وام اولام او الخالة احق من ام الاب لانها تدلي بقرابة الاب ومن سمينا ه بقرابة الام واستحقاق الحضانة باعتبار قرابة الام ولنا انها من الامهات حتى يجوز ميراثهن السدس ولانها اوفر شفقة باعتبار الولاد فان ماتت اوتزوجت اولم تكن فالاخت لاب وام ثم لام ثم لاب •

قوله وفي رواية الخالة اولى من الاخت لاب اعتبارا بالمدلي به فان الخالة تدلي بالام والاخت لاب تدلي بالاب والام في حق الحضانة مقدمة على الاب فكذلك من يدلي بقرابة الام يكون مقدما على من يدلي بقرابة الاب وتقدم الاخت لاب وام وعلى قول زفر رحمه الله هما مستويتان لان ثبوت هذا الحق بقرابة الام وهما سواء في ذلك ثم على الرواية الاولى يدفع

فاولىهم اقربهم تعصيبا لان الولاية للاقرب وقد عرف الترتيب في موضعه غير ان الصغيرة لا تدفع الى عصبة غير محرم كمولى العتاقة ولبن العم تحرزا عن الفتنة و الام والجدة احق بالغلام حتى يأكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده ويستنجي وحده وفي الجامع الصغير حتى يستغني فيأكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده والمعنى واحد لان تمام الاستغناء بالقدرة على الاستنجاء ووجهه انه اذا استغنى يحتاج الى التأدب والتخلق بآداب الرجال واخلاقهم والاب اقدر على التأديب والتثقيف والخصاف رحمه الله قدر الاستغناء بسبع سنين

بعد الاخت لاب الى بنت الاخت لاب وام ثم الى بنت الاخت لام ثم الى الخالة وبنات الاخت اولى من بنات الاخ لان بنت الاخت تدلي بمن له حق الحضانة واما بنات الاعمام والعمات والاخوال والخالات فبمعزل من حق الحضانة لان قرابتهن لم تتأكد بالمحرمية ٭

قوله فاولىهم اقربهم تعصيبا واذا اجتمع اخوة لاب وام فافضلهم صلاحا وورعا احق به لان ضمه الى اقرب العصبات لمنفعة الولد ولهذا قدم الاقرب وضمه الى ابيهم صلاحا انفع للولد لانه يتخلق باخلاقه وان كانوا في ذلك سواء فاكبرهم احق لقوله عليه السلام الاكبر الاكبر **قوله** غير ان الصغيرة لا تدفع الى عصبة غير محرم وذكر الامام التمرتاشي رحمه الله فان لم يكن احد من العصبة تدفع الى الاخ لام عند ابي حنيفة رحمه الله ثم الى ذوي الارحام الاقرب فالاقرب وقال محمد رحمه الله لا حق لذكر من قبل النساء والتدبير للقاضي يدفع الى ثقة يحضنه حتى يستغني وعنه انه يثبت لهم الحق ولا حق لغير المحرم في حضانة الجارية ولا للام التي ليست بمأمونة ولا للعصبة الفاسق على الصغير وفي الكافي للعلامة النسفي رحمه الله واذا لم يكن للصغير عصبة يدفع الى الاخ لام ثم الى ولده ثم الى العم لام ثم الى الخال لاب وام ثم لاب ثم لام لان لهؤلاء ولاية عند ابي حنيفة

صب

اعتبارا للغالب والام والجدة احق بالجارية حتى تحيض لان بعد الاستغناء تحتاج الى معرفة آداب النساء والمرأة على ذلك اقدر وبعد البلوغ تحتاج الى التحصين والحفظ والاب فيه اقوى واهدى وعن محمد رحمة الله تعالى عليه انها تدفع الى الاب اذا بلغت حد الشهوة لتحقق الحاجة الى الصيانة

قال ومن سوى الام والجدة احق بالجارية حتى تبلغ حدا تشتهي وفي الجامع الصغير حتى تستغني لانها لاتقدر على استخدامها ولهذا لاتواجرها للخدمة فلا يحصل المقصود بخلاف الام والجدة لقدرتهما عليه شرعا ٭

قال والامة اذا اعتقها مولاها وام الولد اذا اعتقت كالحرة في حق الولد لانهما حرتان اوان ثبوت الحق وليس لهما قبل العتق حق في الولد لعجزهما عن الحضانة بالاشتغال بخدمة المولى والذمية احق بولدها المسلم ما لم يعقل الاديان او يخاف عليه ان يألف الكفر للنظر قبل ذلك واحتمال الضرر بعده ٭

رحمه الله في النكاح ويدفع الذكر الى مولى العتاقة لانه آخر العصبات ولا تدفع الانثى ولو كان في الاعمام من لا يؤمن على صبي وصبية لفسقه ليس له حق الامساك ٭

قوله اعتبارا للغالب لان الغالب ان الصبي اذا بلغ سبع سنين تستغني من الحضانة والتربية فحينئذ يستنجي وحده قال عليه السلام مروا صبيانكم بالصلوة اذا بلغوا سبعا والامر بالصلوة لايكون الابعد القدرة على الطهارة قوله تحتاج الى معرفة آداب النساء من الغزل والطبخ وغسل الثياب وفي نوادر هشام عن محمد رحمه الله اذا بلغت حد الشهوة فالاب احق بها وذكر في غياث المفتين ان للاب ولاية اخذ الجارية اذا بلغت حد الشهوة قال والاعتماد على هذه الرواية لفساد الزمان واذا بلغت احدى عشرة سنة فقد بلغت حد الشهوة في قولهم جميعا قوله لانها لا يقدر على استخدامها اي سوى الام والجدة من الاقرباء

ولاخيار للغلام والجارية وقال الشافعي رحمه الله لهما الخيار لان النبي صلى الله عليه وسلم خير ولنا انه لقصور عقله يختار من عنده الدعة لتخليته بينه وبين اللعب فلا يتحقق النظر وقد صح ان الصحابة رضي الله تعالى عنهم لم يخيروا واما الحديث فقلنا قد قال عم اللهم اهده فوفق لا ختيار الانظر بدعائه عليه السلام او يحمل على ما اذا كان بالغا ●

مثل الاخوات والخالات والعمات لايقدرن على استخدام الصغيرة وذكر في الاقضية ان تعليم الآداب انما يحصل بالاستخدام واستخدام الصغيرة لا يحل بغير الام والجدة فلا يحصل معنى التعليم

قوله ولا خيار للغلام والجارية وقال الشافعي رحمه الله تعالى اذا كان مميزا يخير بين الابوين فيكون عند من يختارمنهما ويستوي في هذا الغلام والجارية لماروي ان امرأة جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقالت ان زوجي يريد ان يذهب بابني وقد سقاني ونفعني فقال عليه السلام هذا ابوك وهذه امك فخذ بيد ايهما شئت فاخذ بيدامه فا نطلقت به **قوله** او يحمل على ما اذا كان بالغا فانها قالت نفعني وسقاني من بئر ابي عنبة وتلك البئر لايستقى منها الابالغ ثم الغلام اذا بلغ رشيدا فله ان ينفرد بالسكنى وليس للاب ان يضمه الى نفسه الا ان يكون مخوفا عليه مفسدا واما الجارية اذا كانت بكرا فللاب ان يضمها الى نفسه وكذا الاخ والعم الا ان يكونا مفسدين فتوضع عند امرأة ثقة وان كانت ثيبا لها ان تنفرد بالسكنى و تنزل حيث شاءت الا ان تكون مخوفة على نفسها فيضمها الاب اليه وان كانت البكر قد دخلت في السن واجتمع لها رأيها وعقلها واخوها وعمها مخوف عليهما فلها ان تنزل حيث شاءت في مكان لايتخوف عليها لان الضم كان لخوف الفتنة بسبب الانخداع و فرط الشبق وقد زال حين دخلت في السن واجتمع لها عقلها ورأيها والله تعالى اعلم بالصواب ●

فصل

واذا ارادت المطلقة ان تخرج بولدها من المصر فليس لها ذلك لما فيه من الاضرار بالاب الا ان تخرج به الى وطنها وقد كان الزوج تزوجها فيه لانه التزم المقام فيه عرفا وشرعا قال عليه السلام من تأهل ببلدة فهو منهم ولهذا يصير الحربي به ذميا وان ارادت الخروج الى مصر غير وطنها وقد كان التزوج فيه اشار في الكتاب الى انه ليس لها ذلك وهذا رواية كتاب الطلاق وذكر في الجامع الصغير ان لها ذلك لان العقد متى وجد في مكان يوجب احكامه فيه

فصل

قوله واذا ارادت المطلقة اي بعد انقضاء العدة **قوله** من تأهل ببلدة فهو منهم اي حكمه حكمهم حتى ان عمر رضي الله عنه لما دخل مكة اتم صلوته فقيل له خالفت السنة فقال لم اخالف وتمسك بهذا الحديث وقال تزوجت بمكة فصرت من اهلها **قوله** ولهذا يصير الحربي به ذميا هذا على ظاهره غير صحيح فانه ذكر في السير الكبير ان الحربي اذا دخل دارنا بامان فتزوج ذمية لم يصر ذميا لانه يمكنه ان يطلقها فيرجع الى بلده فلم يكن ملتزما المقام وقيل لم تكن هذه الجملة في نسخة قوبلت مع نسخة المصنف وقيل في بعض النسخ وانما لا يصير الحربي به ذميا لانه يعارضه ما هو اقوى منه وهو الانفة من قبول الجزية وقيل اراد الشخص الحربي وهي الحربية فانها بالتزوج تصير ذمية ولهذا وقع في بعض المواضع ولهذا تصير الحربية به ذمية وقيل يرجع الضمير في به الى التزام المقام **قوله** اشار في الكتاب اي في مختصر القدوري وهو قوله الا ان تخرج به الى وطنها وقد كان الزوج تزوجها فيه وهذا يفيد اشتراط الوطن والتزوج فيه وان ارادت الانتقال الى مصر فيه اصل النكاح وليس

كما يوجب البيع التسليم في مكانه ومن جملة ذلك حق امساك الاولاد

ووجه الاول ان التزوج في دار الغربة ليس التزاما للمكث فيه عرفا وهذا اصح

والحاصل انه لابد من الامرين جميعا الوطن ووجود النكاح وهذا كله اذا كان

بين المصرين تفاوت اما اذا تقاربا بحيث يمكن للوالد ان يطالع ولده ويبيت

في بيته فلا باس به وكذا الجواب في القريتين ولو انتقلت من قرية المصر الى

المصر لا باس به لان فيه نظرا للصغير حيث يتخلق باخلاق اهل المصر وليس فيه

ضرر بالاب وفي عكسه ضرر بالصغير لتخلقه باخلاق اهل السواد فليس لها ذلك

والله تعالى اعلم بالصواب ٭

بمصرها فلها ذلك في رواية الجامع الصغير وليس لها ذلك في رواية الاصل وهذا اصح

وفي عكسه بان ارادا لانتقال الى مصره ومصرها لكن لم يكن اصل العقد بها لم يكن

لها ان ينتقل بالاولاد باتفاق الروايات كذا ذكره الامام الكسائي رحمه الله تعالى ٭

قوله كما يوجب البيع التسليم في مكانه يريد به اذا كان المبيع في مكان العقد

ذكر في الفتاوى ان من باع شعيرا والشعير بالقرية والمشتري يعلم ذلك يستحق

تسليمه في مكانه لا في مكان العقد وان لم يعلم بذلك فهو بالخيار ان شاء

سلمه في مكانه وان شاء فسخ العقد ولو تعين مكان العقد لما كان للمشتري

الخيار ذكر في شرح الطحاوي ولو ارادت الانتقال من دار الاسلام الى

دار الحرب ليس لها ذلك وان كان اصل النكاح وقع هناك وهي حربية

بعد ان يكون زوجها مسلما او ذميا وان كان كلاهما حربيين فلها ذلك

قوله ولو انتقلت من قرية المصر الى المصر لا باس به يريد به اذا كانت قريبة من المصر

والله تعالى اعلم بالصواب ٭

صح

باب النفقات

النفقة واجبة للزوجة على زوجها مسلمة كانت او كافرة اذا سلمت نفسها في منزله فعليه نفقتها وكسوتها وسكناها والاصل في ذلك قوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته وقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وقوله صلى الله عليه وسلم في حديث حجة الوداع ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف ولان النفقة جزاء الاحتباس

باب النفقات

قوله النفقة واجبة للزوجة على زوجها مسلمة كانت او كافرة اذا سلمت نفسها في منزله قال بعض المتأخرين اذا لم تزف الى بيت زوجها لا تستحق النفقة وهو رواية عن ابي يوسف رحمة الله تعالى عليه وذكر في المبسوط وفي ظاهر الرواية بعد صحة العقد تجب لها النفقة وان لم تنتقل الى بيت زوجها والفتوى على ظاهر الرواية وذكر في المحيط والايضاح واذا تزوج امرأة فطلبت النفقة قبل ان يحولها الى منزله فلها النفقة اذا لم يطالبها الزوج بالنقلة لان النفقة حقها والانتقال حقه فاذا لم يطالبها به فقد ترك حقه وهذا لا يوجب بطلان حقها وان طالبها الزوج بالنقلة فان لم تمتنع عن الانتقال الى بيت زوجها فلها النفقة ايضا واما اذا امتنعت عن الانتقال ان كان الامتناع بحق بان امتنعت ليستوفي مهرها فلها النفقة واما اذا كان الامتناع بغير حق بان كان اوفاها المهر او كان المهر مؤجلا او وهبته منه فلا نفقة لها

فكل من كان محبوسا بحق مقصود لغيره كانت نفقته عليه أصله القاضي والعامل في الصدقات وهذه الدلائل لا فصل فيها فيستوي فيها المسلمة والكافرة ويعتبر في ذلك حالهما جميعا قال رضي الله عنه وهذا اختيار الخصاف رح وعليه الفتوى وتفسيره انهما اذا كانا موسرين تجب نفقة اليسار وان كانا معسرين فنفقة الاعسار وان كانت معسرة والزوج موسرا فنفقتها دون نفقة الموسرات وفوق نفقة المعسرات وقال الكرخي رحمه الله يعتبر حال الزوج وهو قول الشافعي رحمه الله تعالى لقوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته ووجه الاول قوله صلى الله عليه وسلم لهند امرأة ابي سفيان خذي من مال زوجك مايكفيك وولدك بالمعروف اعتبر حالها وهو الفقه فان النفقة تجب بطريق الكفاية والفقيرة لا تفتقر الى كفاية الموسرات فلا معنى للزيادة ونحن نقول بموجب النص انه يخاطب بقدر وسعه

قوله فكل من كان محبوسا بحق مقصود لغيره كانت نفقته عليه ولا يرد على هذا الكل الرهن فانه وان كان محبوسا بحق مقصود للمرتهن وهو الاستيثاق وان يكون احق به من سائر الغرماء فكان تجب نفقته على المرتهن لكن يحصل مقصوده ايضا وهو ان يكون مؤفيا دينه عند الهلاك **قوله** ويعتبر في ذلك حالهما الى قوله وفوق نفقة المعسرات فاذا كان الزوج موسرا مفرط اليسار نحو ان يأكل الحلواء والحمل المشوي والباجات والمرأة فقيرة بان كانت تأكل في بيتها خبز الشعير يطعمها فيما بين ذلك خبزا لبروباجة اوباجتين وكذلك ان كانت موسرة والزوج معسر وقال الكرخي رحمه الله وهو ظاهر الرواية يعتبر حال الزوج وهو قول الشافعي رحمه الله لقوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته ووجه الاول قوله عليه السلام لهند امرأة ابي سفيان خذي من مال زوجك مايكفيك وولدك بالمعروف اعتبر حالها والنص يقتضي اعتبار حاله فيعتبر حالهما عملا بهما وكل جواب عرفته في النفقة من اعتبار حاله او حالهما فهو الجواب في الكسوة •

والباقي دين في ذمته ومعنى قوله بالمعروف الوسط وهو الواجب وبه يتبين انه لا معنى للتقدير كما ذهب اليه الشافعي رحمه الله انه على الموسر مدان وعلى المعسر مد وعلى المتوسط مد ونصف مد لان ما وجب كفاية لا يقدر شرعا في نفسه وان امتنعت من تسليم نفسها حتى يعطيها مهرها فلها النفقة لانه منع بحق فكان فوت الاحتباس بمعنى من قبله فيجعل كلا فائت وان نشزت فلا نفقة لها حتى تعود الى منزله لان فوت الاحتباس منها واذا عادت جاء الاحتباس فتجب النفقة بخلاف ما اذا امتنعت من التمكين في بيت الزوج لان الاحتباس قائم والزوج يقدر على الوطئ كرها وان كانت صغيرة لا يستمتع بها فلا نفقة لها لان امتناع الاستمتاع لمعنى فيها والاحتباس الموجب ما يكون وسيلة الى مقصود مستحق بالنكاح ولم يوجد بخلاف المريضة على ما نبين وقال الشافعي رحمه الله لها النفقة لانها عوض عن الملك عنده كما في المملوكة بملك اليمين

قوله والباقي دين في ذمته اي بالقضاء او التصالح **قوله** وان نشزت فلا نفقة لها فان قيل النص مطلق قلنا خص بدلالة النص لان الله تعالى امر في حق الناشزة بمنع حقها في الصحبة لقوله تعالى واهجروهن في المضاجع وهي مشتركة بينهما فلأن لا تجب النفقة وهي مختصة بها اولى والناشزة هي الخارجة عن منزل الزوج المانعة نفسها منه بخلاف ما اذا امتنعت من التمكن في بيت الزوج لان الاحتباس قائم ولو كان المنزل ملكها فمنعته من الدخول عليها لا نفقة لها لانها ناشزة الا ان تكون سألته ان يحولها الى منزله او يكتري لها منزلا لان الامتناع هناك بمعنى منه ولو كان السكنى في ارض الغصب فامتنعت منه لها النفقة لانها ليست بناشزة **قوله** وان كانت صغيرة لا يستمتع بها اي لا يوطأ مثلها وان كانت مثلها توطأ فلها النفقة والاحتباس ما يكون وسيلة الى مقصود مستحق بالنكاح وهو الجماع والدراعي

ولنا ان المهر عوض عن الملك ولا يجتمع العوضان عن معوض واحد فلها المهر دون النفقة
وان كان الزوج صغيرا لا يقدر على الوطئ وهي كبيرة فلها النفقة من ماله
لان التسليم قد تحقق منها وانما العجز من قبله فصار كالمجبوب والعنين واذا حبست المرأة
في دين فلا نفقة لها لان فوت الاحتباس منها بالمماطلة وان لم يكن منها بان كانت عاجزة
فليس منه وكذا اذا غصبها رجل كرها فذهب بها وعن ابي يوسف رحمه الله ان لها
النفقة والفتوى على الاول لان فوت الاحتباس ليس منه ليجعل باقيا تقديرا وكذا اذا
حجت مع محرم لان فوت الاحتباس منها وعن ابي يوسف رحمه الله ان لها النفقة لان
اقامة الفرض عذر ولكن تجب لها نفقة الحضر دون السفر لانها هي المستحقة عليه
ولو سافر معها الزوج تجب النفقة بالاتفاق لان الاحتباس قائم لقيامه عليها ويجب نفقة
الحضر دون السفر ولا تجب الكراء لما قلنا

الى الجماع والصغيرة التي لا تصلح للجماع لا تصلح لدواعيه ايضا ولهذا تجب
النفقة للرتقاء والقرناء والمرأة التي اصابها بلاء تمنعه عن الجماع لبقاء
الانتفاع بها من حيث الدواعي •

قوله ولنا ان المهر عوض عن الملك ولا يجتمع العوضان عن معوض واحد وهذا لان
ما يكون عوضا عن الملك في المحل يجب جملة لان الملك في المحل يحصل للزوج
جملة فلما لم يجب جملة علم ان وجوبها للاحتباس الموصل الى المستحق بالنكاح

قوله ولكن تجب لها نفقة الحضر اي يعتبر ما كان قيمة الطعام في الحضر
لا ما كان قيمته في السفر لان هذه الزيادة لحقتها بازاء منفعة تحصل لها
فلا يكون ذلك على الزوج •

وان مرضت في منزل الزوج فلها النفقة والقياس ان لانفقة لها اذا كان مرضا يمنع من الجماع لفوات الاحتباس للاستمتاع وجه الاستحسان ان الاحتباس قائم فانه يستأنس بها ويمسها وتحفظ البيت والمانع يعارض فاشبه الحيض وعن ابي يوسف رحمه الله انها اذا سلمت نفسها ثم مرضت تجب النفقة لتحقق التسليم ولو مرضت ثم سلمت لاتجب لان التسليم لم يصح قالوا هذا احسن وفي لفظ الكتاب ما يشير اليه •

قال وتفرض على الزوج النفقة اذا كان موسرا ونفقة خادمها والمراد بهذا بيان نفقة الخادم ولهذا ذكر في بعض النسخ وتفرض على الزوج اذا كان موسرا نفقة خادمها ووجهه ان كفايتها واجب عليه وهذا من تمامها اذ لابد لها منه ولا يفرض لاكثر من نفقة خادم واحد وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح تفرض لخادمين لانها تحتاج الى احدهما لمصالح الداخل والى الآخر لمصالح الخارج ولهما ان الواحد يقوم بالامرين فلا ضرورة الى اثنين ولانه لو تولى كفايتها بنفسه كان كافيا فكذا اذا اقام الواحد مقام نفسه وقالوا ان الزوج الموسر يلزمه من نفقة الخادم ما يلزم المعسر من نفقة امرأته وهو ادنى الكفاية وقوله في الكفاية اذا كان موسرا اشارة الى انه لاتجب نفقة الخادم عند اعساره وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله وهو الاصح خلافا لما قاله محمد رح لان الواجب على المعسر ادنى الكفاية وهي قد تكتفي بخدمة نفسها ومن اعسر بنفقة امرأته لم يفرق بينهما

قوله وان مرضت في منزل الزوج يريد به اذا حولت الى بيته صحيحة ثم مرضت يفق عليها **قوله** وفي لفظ الكتاب مايشير اليه حيث قال وان مرضت في منزل الزوج وهذا انما يكون بعد ما حولت الى بيته وان مرضت ثم حولت الى بيته فلا نفقة لها عليه وفي الذخيرة وان مرضت في منزل الزوج فلها النفقة وكذلك لو مرضت في منزلها الا انها غير مانعة نفسها من الزوج بغير حق فتستحق النفقة **قوله** ونفقة خادمها

ويقال لها استديني عليه وقال الشافعي رحمه الله يفرق لانه عجز عن الامساك بالمعروف فينوب القاضي منابه كما في التفريق في الجب والعنة بل اولى لان الحاجة الى النفقة اقوى ولنا ان حقه يبطل وحقها يتأخر والاول اقوى في الضرر وهذا لان النفقة تصير دينا بفرض القاضي فيستوفي في الزمان الثاني وفوت المال وهو تابع في النكاح لايلحق بما هو المقصود وهو التناسل

ذكر في الذخيرة هذا اذا كان للمرأة خادم اما اذا لم يكن للمرأة خادم لاتفرض نفقة الخادم على الزوج في ظاهر الرواية عن اصحابنا الثلثة وهو نظير القاضي اذا لم يكن له خادم لايستحق كفاية الخادم في بيت المال كذا هذا وعن زفر رحمه الله انه تفرض لخادم واحد ثم هي تقوم بذلك بنفسها او تتخذ خادما وفي الذخيرة ثم اختلف مشايخنا رحمهم الله في الخادم اي خادم المرأة يستحق النفقة على الزوج منهم من قال للمملوك لها حتى لو كان حرا ولم يكن مملوكا لها لا تستحق النفقة ومنهم من قال كل من يخدمها حرا كان او مملوكا لها او لغيرها تستحق وفي فتاوى سمرقند ان المرأة اذا كانت من بنات الاشراف ولها خدم يجبر الزوج على نفقة خادمين وعن ابي يوسف رحمه الله انها اذا كانت فائقة بنت فائق زفت الى زوجها مع خدم كثير استحقت نفقة الخدم كلها فان قال لامرأته لا انفق على احد من خدمك ولكن اعطي خادما من خدمي ليخدمك فابت يجبر على نفقة خادم من خدمها فربما لا يتهيأ لها استخدام خدمه •

قوله ويقال لها استديني عليه ذكر الخصاف رحمة الله تعالى عليه ان تفسير الاستدانة على الزوج وهو الشراء بالنسيئة ليقضي الثمن من مال الزوج

وفائدة الامر بالاستدانة مع الفرض ان تمكنها احالة الغريم على الزوج فاما اذا كانت الاستدانة بغير امر القاضي كانت المطالبة عليها دون الزوج واذا قضى القاضي لها بنفقة الاعسار ثم ايسر فخاصمته تمم لها نفقة الموسر لان النفقة تختلف بحسب اليسار والاعسار وماقضى به تقدير النفقة لم تجب فاذا تبدل حاله لها المطالبة بتمام حقها واذا مضت مدة ولم ينفق الزوج عليها وطالبته بذلك فلاشيء لها الا ان يكون القاضي فرض لها النفقة او صالحت الزوج على مقدار نفقتها فيقضي لها بنفقة ما مضى لان النفقة صلة وليست بعوض عندنا على ما مر من قبل فلا يستحكم الوجوب فيها الا بالقضاء كالهبة لاتوجب الملك الا بمؤكد وهو القبض والصلح بمنزلة القضاء لان ولايته على نفسه اقوى من ولاية القاضي بخلاف المهر لانه عوض وان مات الزوج بعدما قضي عليه بالنفقة ومضت شهور سقطت النفقة وكذا اذا ماتت الزوجة لان النفقة صلة

قوله وفائدة الامر بالاستدانة انه اذا استدانت على الزوج بامر القاضي فلرب الدين ان يرجع بذلك على الزوج كاله ان يأخذ من المستدينة **قوله** لان ولايته على نفسه اقوى من ولاية القاضي حيث يثبت الحق عليه باقراره على نفسه بدون الحجة ولاتثبت ولاية القاضي بدون الحجة **قوله** وان مات الزوج بعدما قضي عليه بالنفقة ومضت شهور سقطت هذا اذا فرض لها القاضي النفقة ولم يأمرها بالاستدانة فاما اذا امرها بالاستدانة على الزوج فاستدانت ثم مات احدهما لا يبطل ذلك هكذا ذكر الحاكم الشهيد في المختصر وذكر الخصاف رحمة الله تعالى عليه انه يبطل ايضا والصحيح ما ذكر في المختصر لان استدانتها بامر القاضي وللقاضي ولاية عليه بمنزلة استدانة الزوج بنفسه ولو ان الزوج استدان بنفسه لا يسقط ذلك الدين بموت احدهما كذا هنا ٭

والصلات تسقط بالموت كالهبة تبطل بالموت قبل القبض وقال الشافعي رحمه الله تصير دينا قبل القضاء ولا تسقط بالموت لانه عوض عنده فصار كسائر الديون وجوابه قد بينا ه وان اسلفها نفقة السنة اي عجلها ثم مات لم يسترجع منها بشيء وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله تعالى وقال محمد رحمه الله تحتسب لها نفقة ما مضى وما بقي فهو للزوج وهو قول الشافعي رحمه الله تعالى وعلى هذا الخلاف الكسوة لانها استعجلت عوضا عما تستحقه عليه بالاحتباس وقد بطل الاستحقاق بالموت فيبطل العوض بقدره كرزق القاضي وعطاء المقاتلة ولهما انه صلة وقد اتصل به القبض ولا رجوع في الصلات بعد الموت لانتهاء حكمها كما في الهبة ولهذا لو هلكت من غير استهلاك لا يسترد بشيء منها بالاجماع وعن محمد رحمه الله انها اذا قبضت نفقة الشهر او ما دونه لا يسترجع منها بشيء لانه يسير فصار في حكم الحال واذ تزوج العبد حرة فنفقتها دين عليه يباع فيها ومعناه اذا تزوج باذن المولى لانه دين وجب في ذمته لوجود سببه وقد ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته كدين التجارة في العبد التاجر وله ان يفدي لان حقها في النفقة لا في عين الرقبة فلو مات العبد سقطت

قوله والصلات تسقط بالموت لا يقال لو كانت النفقة صلة لما وجبت على المكاتب لانا قلنا صلة من وجه وما هذا شأنه يجب على المكاتب كالخراج قوله واذا تزوج العبد حرة فنفقتها دين عليه يباع فيها فلما بيع ثم اجتمع عليه النفقة مرة اخرى يباع العبد ثانيا قال شمس الايمة السرخسي رحمة الله تعالى عليه وليس في شيء من ديون العبد ما يباع فيه مرة بعد اخرى الا النفقة -

وكذا اذا قتل في الصحيح لانه صلة وان تزوج الحرامة فبواها مولاها معه منزلا فعليه النفقة لانه تحقق الاحتباس وان لم يبوءها فلا نفقة لها لعدم الاحتباس والتبوية ان يخلي بينها وبينه في منزله ولا يستخدمها ولو استخدمها بعد التبوية سقطت النفقة لانه فات الاحتباس والتبوية غير لازمة على ما مر في النكاح ولو خدمته الجارية احيانا من غير ان يستخدمها لا تسقط النفقة لانه لم يستخدمها والمكاتبة كالحرة والمدبرة وام الولد في هذا كالامة والله تعالى اعلم بالصواب ●

فصل

وعلى الزوج ان يسكنها في دار مفردة ليس فيها احد من اهله الا ان تختار ذلك لان السكنى من كفايتها فيجب لها كالنفقة وقد اوجبه الله تعالى مقرونا بالنفقة واذا وجب حقا لها ليس له ان يشرك غيرها فيه لانها تتضرر به فانها لا تأمن على متاعها ويمنعها ذلك عن المعاشرة مع زوجها ومن الاستمتاع الا ان تختار لانها رضيت بانتقاص حقها وان كان له ولد من غيرها فليس له ان يسكنه معها

قوله وكذا اذا قتل في الصحيح لانه صلة وقيل اذا قتل كانت النفقة في قيمته قال الشيخ ابوالحسن القدوري رحمه الله تعالى وهذا ليس بصحيح لان القيمة انما تقوم مقام الرقبة في دين لم يسقط بالموت لا في دين يسقطبه والله تعالى اعلم بالصواب ●

فصل

قوله وقد اوجبه الله تعالى مقرونا بالنفقة وهو قوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم قال الامام ابومنصور الماتريدي رحمه الله تأويل هذه الآية اسكنوهن من حيث سكنتم وانفقوا عليهن من وجدكم يدل على صحة هذا التأويل قراءة ابن مسعود رضي الله تعالى عنه وانفقوا عليهن من وجدكم

لما بينا ولو اسكنها في بيت من الدار مفرد وله غلق كفاها لان المقصود قد حصل وله ان يمنع والديها وولدها من غيره واهلها من الدخول عليها لان المنزل ملكه فله حق المنع من دخول ملكه ولا يمنعهم من النظر اليها وكلامها في اي وقت اختاروا لما فيه من قطيعة الرحم وليس له في ذلك ضرر وقيل لا يمنعهم من الدخول والكلام وانما يمنعهم من القرار لان الفتنة فى اللباث وتطويل الكلام وقيل لايمنعها من الخروج الى الوالدين ولا يمنعهما من الدخول عليها في كل جمعة وفي غيرهما من المحارم التقدير بسنة وهو الصحيح واذا غاب الرجل وله مال في يد رجل يعترف به وبالزوجية فرض القاضي في ذلك المال نفقة زوجة الغائب واولاده الصغار ووالديه وكذا اذا علم القاضي ذلك ولم يعترف به لانه لما اقر بالزوجية والوديعة فقد اقر ان حق الاخذ لها لان لها ان تأخذ من مال الزوج حقها من غير رضاه واقرار صاحب اليد مقبول في حق نفسه

قوله لما بينا اي لانها يتصور به فان اسكنها في منزل ليس فيها احد فشكت الى القاضي ان الزوج يضربها ويؤذيها وسألت من القاضي ان يأمره بان يسكنها بين قوم صالحين فان علم القاضي ان الامركما قالت المرأة زجره عن ذلك ومنعه من التعدي عليها وان ذكر وانه لايؤذيها تركها وان لم يكن في جوارة من يوثق به اوكانوا يميلون اليه امره ان يسكنها بين قوم صالحين ويسأل عنهم ويبنى الامر على خبرهم كذا في نكاح الذخيرة **قوله** وفي غيرهما من المحارم التقدير بسنة وهو الصحيح احتراز عن قول محمد بن مقاتل الرازي فانه يقول لايمنع المحرم من الزيارة في كل شهر **قوله** لان لها ان تأخذ من مال الزوج حقها فكان قضاء القاضي فتوى منه واعانة على اخذ الحق لا قضاء اذا لقضاء الزام امر لم يكن لازما قبل القضاء ونفقة هؤلاء واجبة قبل القضاء فكان القضاء ايفاء لما وجب فجاز فان قيل يشكل على هذا الواحصر

لاسيما هنا فانه لوانكر احد الامرين لا تقبل بينة المرأة فيه فان المودع ليس بخصم في اثبات الزوجية عليه ولا المرأة خصم في اثبات حقوق الغائب واذا ثبت في حقه تعدى الى الغائب وكذا اذا كان المال في يده مضاربة وكذا الجواب في الدين وهذا كله اذا كان المال من جنس حقها دراهم او دنانير او طعاما او كسوة من جنس حقها اما اذا كان من خلاف جنسه لا تفرض النفقة فيه لانه يحتاج الى البيع ولا يباع مال الغائب بالاتفاق واما عند ابي حنيفة رحمه الله فلانه لا يباع على الحاضر فكذا على الغائب واما عندهما فلانه ان كان يقضي على الحاضر لانه يعرف امتناعه لا يقضي على الغائب لانه لا يعرف امتناعه

صاحب الدين غريما او مودعا للغائب وهما معترفان بان هذا المدعي له دين على الغائب لا يأمر القاضي بقضاء دينه من الوديعة ومن الدين وان كانا معترفين بالدين وبمال الغائب قلنا لان القاضي يأمر في حق الغائب بما هو نظر له وفي الامر بانفاق المرأة نظر له بابقاء ملكه وليس في قضاء الدين ابقاء ملكه بل فيه قضاء عليه بقول الغير.

قوله لاسيما هنا فان صاحب اليد لوانكر الزوجية اوكونه مال الغائب لا يمكن للمرأة اقامة البينة لا على الزوجية ولا على كونها مال الغائب فتعين هذا الاقرار طريقا لوصول الحق الى المستحق فكان اولى بالقبول من اقرار كان لصاحب الحق امكان اثبات حقه بدون اقراره بالبينة **قوله** فان المودع ليس بخصم في اثبات الزوجية كان ابو حنيفة رحمة الله تعالى عليه يقول اولا تقبل بينتها على الزوجية لانها تدعي حقا لها في يده من المال بسبب فكان خصما في اثبات ذلك السبب كمن ادعى عينا في يد انسان انه اشتراها من فلان الغائب ثم رجع وقال لا يقبل بينتها على ذلك وهو قولهما لانها تثبت النكاح على الغائب والمودع والمديون ليسا بخصم عن الغائب في اثبات النكاح عليه بالبينة كذا في المبسوط **قوله** وكذا الجواب في الدين يعني مديون الغائب لو اقر بدينه وبالزوجية فالحكم كذلك **قوله** واما عند ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه

قال ويأخذ منها كفيلا بها نظر اللغائب لانها ربما استوفت النفقة او طلقها الزوج وانقضت عدتها فرق بين هذا وبين الميراث اذا قسم بين ورثة حضور بالبينة و لم يقولوا لا نعلم له وارثا آخر حيث لا يؤخذ منهم الكفيل عند ابي حنيفة رحمه الله لان هناك المكفول له مجهول وهنا معلوم وهو الزوج ويحلفها بالله ما اعطاها النفقة نظرا للغائب •

قال ولا يقضي بنفقتها في مال غائب الا لهؤلاء ووجه الفرق ان نفقة هولاء واجبة قبل قضاء القاضي ولهذا كان لهم ان يأخذوا قبل القضاء فكان قضاء القاضي اعانة لهم اما غيرهم من المحارم فنفقتهم انما تجب بالقضاء لانه مجتهد فيه والقضاء على الغائب لا يجوز ولو لم يعلم القاضي بذلك ولم يكن مقرا به فاقامت البينة على الزوجية او لم يخلف مالا فاقامت البينة ليفرض القاضي بنفقتها على الغائب ويأمرها بالاستدانة لا يقضي القاضي بذلك لان في ذلك قضاء على الغائب وقال زفر رحمه الله يقضي لان فيه نظر الها ولا ضرر فيه على الغائب فانه لو حضر وصدقها فقد اخذت حقها

فانه لا يباع على الحاضر لان البيع عليه يكون على طريق الحجر وابو حنيفة رحمة الله تعالى عليه لا يرى الحجر على الحر العاقل البالغ •

قوله ويأخذ منها كفيلا بها اي بالنفقة قال شمس الايمة السرخسي رحمة الله تعالى عليه يحلفها انه لم يعطها النفقة فاذا حلفت اعطاها النفقة واخذ منها كفيلا وفي ادب القاضي للخصاف ان القاضي اذا استوثق منها بكفيل فحسن وان لم يأخذ كان جائزا قال الصدر الشهيد رحمة الله تعالى عليه والصحيح ما ذكره شمس الايمة السرخسي رحمة الله تعالى عليه

قوله انما تجب بالقضاء لانه مجتهد فيه فعند الشافعي رحمة الله تعالى عليه لا تجب النفقة على غير الوالدين والمولودين ولهذا قلنا لو ظفر واحد من الاقارب بجنس حقه

وان جحد يحلف فان نكل فقد صدق وان اقامت بينة فقد ثبت حقها وان عجزت يضمن الكفيل او المرأة وعمل القضاة اليوم على هذا انه يقضي بالنفقة على الغائب لحاجة الناس وهو مجتهد فيه وفي هذه المسئلة اقاويل مرجوع عنها فلم نذكرها والله تعالى اعلم بالصواب ●

لم يكن له الاخذ الا بقضاء او رضاء فالحاصل ان ما كان مختلفا فيه لا يتقوى الا بقضاء القاضي وليس للقاضي ان يوجه القضاء على الغائب فاما ما كان متفقا عليه فهو ثابت بنفسه و لصاحب الحق ان يمد يده و يأخذه من غير قضاء القاضي فكان حكم القاضي اعانة لا قضاء ●

قوله وان جحد يحلف اي ان لم تكن للمرأة بينة **قوله** وان عجزت يضمن الكفيل اي ان عجزت المرأة عن اقامة البينة وقد حلف الزوج وقد انفق القاضي عليها من مال الزوج يضمن الكفيل او المرأة **قوله** وعمل القضاة اليوم على هذا اي على قول زفر رحمه الله تعالى يقبلون البينة من المرأة ويفرضون النفقة على الغائب لحاجة الناس وهو مجتهد فيه وقال في المحيط وهو ارفق بهم وان انفق المودع او المديون على والد رب الدين و ولده او امرأته بغير امره ضمن المودع ولا يبرأ المديون ولكن لا يرجع المنفق على من انفق **قوله** وفي هذه المسئلة اقاويل مرجوع منها كان ابوحنيفة رحمه الله يقول اولا يقضي بالنفقة على الغائب ثم رجع وقال لا يقضي وعند محمد رحمة الله تعالى عليه لا يقضي قولا واحدا وكان ابويوسف رحمة الله تعالى عليه يقول اولا تقبل بينتها على الزوجية ثم رجع وقال لا تقبل والله تعالى اعلم بالصواب ●

فصل

وإذا طلق الرجل امرأته فلها النفقة والسكنى في عدتها رجعيا كان أو بائنا وقال الشافعي رحمه الله لا نفقة للمبتوتة إلا إذا كانت حاملا أما الرجعي فلأن النكاح بعد قائم لا سيما عندنا فإنه يحل له الوطئ وأما البائن فوجه قوله ما روي عن فاطمة بنت قيس قالت طلقني زوجي ثلثا فلم يفرض لي رسول الله صلى الله وسلم سكنى ولا نفقة ولأنه لا ملك له وهي مرتبة على الملك ولهذا لا تجب للمتوفى عنها زوجها لانعدامه بخلاف ما إذا كانت حاملا لأنا عرفناه بالنص وهو قوله تعالى وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن الآية ولنا أن النفقة جزاء احتباس على ما ذكرنا والاحتباس قائم في حق حكم مقصود بالنكاح وهو الولد إذ العدة واجبة صيانة للولد فتجب النفقة ولهذا كان لها السكنى بالإجماع وصار كما إذا كانت حاملا

فصل

قوله وقال الشافعي رحمه الله لا نفقة للمبتوتة وهي المطلقة ثلثا أو بعوض حتى بانت عندهم جميعا إلا إذا كانت حاملا لقوله تعالى وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن فإن قيل فمن أين يعلم أن هذه الآية في حق المطلقات قلنا علم ذلك من آخر الآية حتى يضعن حملهن والنفقة في غير المطلقات غير مغيات بوضع الحمل فإن قيل لو وجبت النفقة في الحامل لم يبق لتخصيص الحامل في النص فائدة حيث قال وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن قلنا لذكر الشرط والتخصيص فائدة سوى النفي وهي أنه إنما خص الحامل بالذكر لأن الحامل إنما تستحق النفقة بقدر ثلثة أقراء فيقع الإشكال أن الحامل تستحق بذلك القدر والزيادة

وحديث فاطمة بنت قيس رده عمر رضي الله تعالى عنه فانه قال لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا بقول امرأة لا ندري صدقت ام كذبت حفظت ام نسيت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للمطلقة الثلث النفقة والسكنى مادامت في العدة ورده ايضا زيد بن ثابت رضي الله تعالى عنه واسامة بن زيد وجابر وعائشة رضي الله عنهم •

قال ولا نفقة للمتوفى عنها زوجها لان احتباسها ليس لحق الزوج بل لحق الشرع فان التربص عبادة منها الاترى ان معنى التعرف عن براءة الرحم ليس بمراعى فيه حتى لايشترط فيه الحيض فلاتجب نفقتها عليه ولان النفقة تجب شيئافشيئا و لا ملك له بعد الموت فلا يمكن ايجابها في ملك الورثة

الى تمام مدة الحمل وان طالت فازال الاشكال وقال لها النفقة في جميع مدة الحمل حتى يضعن حملهن

قوله وحديث فاطمة رضي الله تعالى عنها رده عمر رضي الله تعالى عنه فانه قال لا ندع كتاب ربنا ولاسنة نبينا بقول امرأة لا ندري صدقت ام كذبت ذكر فخر الاسلام رحمة الله تعالى عليه في اصول الفقه وقال عيسى بن ابان اراد بالكتاب والسنة القياس وهو ان النفقة والسكنى تعلقا بالنكاح والعدة من حقوقه فكما بقي باعتبار هذا الحق استحقاق السكنى فكذا النفقة وقد روي ان زوجها اسامة بن زيد اذا سمع منها هذا الحديث رماها بكل شيء في يده وعن عائشة رضي الله تعالى عنها انها قالت تلك امرأة فتنت العالم اي بروايتها هذا الحديث وان ثبت فتأويله ان زوجها خرج الى اليمن ووكل اخاه بان ينفق عليها خبز الشعير فابت ذلك ولم يكن الزوج حاضرا ليقضي عليه بشيء آخر •

وكل فرقة جاءت من قبل المرأة بمعصية مثل الردة وتقبيل ابن الزوج فلا نفقة لها لانها صارت حابسة نفسها بغير حق فصارت كما اذا كانت ناشزة بخلاف المهر بعد الدخول لانه وجد التسليم في حق المهر بالوطئ وبخلاف ما اذا جاءت الفرقة من قبلها بغير معصية كخيار العتق وخيار البلوغ والتفريق لعدم الكفاءة لانها حبست نفسها بحق وذلك لا يسقط النفقة كما اذا حبست نفسها لاستيفاء المهر وان طلقها ثلثا ثم ارتدت والعياذ بالله سقطت نفقتها وان مكنت ابن زوجها من نفسها فلها النفقة معناه مكنت بعد الطلاق لان الفرقة تثبت بالطلقات الثلث ولا عمل فيها للردة والتمكين إلا ان المرتدة تحبس حتى تتوب ولا نفقة للمحبوسة والممكنة لا تحبس فلهذا يقع الفرق والله تعالى اعلم بالصواب •

قوله وكل فرقة جاءت من قبل المرأة بمعصية فلا نفقة لها اما السكنى فواجبة لها باي فرقة كانت لان القرار في البيت مستحق عليها فلا يسقط ذلك بمعصيتها واما النفقة فواجبة لها فيسقط ذلك بمجئ الفرقة من قبلها بمعصية وان جامعها ابن الزوج مكرهة تقع الفرقة ولا تسقط النفقة **قوله** وان طلقها ثلثا ثم ارتدت والعياذ بالله سقطت نفقتها لا لعين الردة ولكن لانها تحبس فلا يكون في بيت زوجها والمحبوسة بحق عليها لا يستوجب نفقة حال قيام النكاح كالمحبوسة بالدين فكذا لا يستوجب نفقة في العدة حتى اذا ارتدت ولم تحبس بعد بل هي في بيت زوجها فلها النفقة **قوله** معناه مكنت بعد الطلاق هذا اذا كان الطلاق بائنا او ثلثا واما المعتدة من طلاق رجعي اذا مكنت ابنه او ارتدت فحبست اولا فلا نفقة لها لان النكاح باق فكانت الفرقة حاصلة بمعصية فتسقط النفقة ولا كذلك في الطلاق البائن والله تعالى اعلم بالصواب •

فصل

و نفقة اولاد الصغار على الاب لا يشاركه فيها احد كما لا يشاركه في نفقة الزوجة لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن والمولود له هو الاب وان كان الصغير رضيعا فليس على امه ان ترضعه لما بينا ان الكفاية على الاب واجرة الرضاع كالنفقة ولانها عساها لا تقدر عليه لعذر بها فلا معنى للجبر عليه وقيل في تأويل قوله تعالى لا تضار والدة بولدها بالزامها الارضاع مع كراهتها وهذا الذي ذكر بيان الحكم وذلك اذا كان يوجد من ترضعه اما اذا كان لا توجد من ترضعه تجبر الام على الارضاع صيانة للصبي عن الضياع ٭

قال ويستاجر الاب من ترضعه عندها اما استيجار الاب فلان الاجر عليه وقوله عندها معناه اذا ارادت ذلك لان الحجر لها وان استاجرها وهي زوجة او معتدة لترضع ولدها لم يجز

فصل

قوله ونفقة الاولاد الصغار على الاب لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن وجه التمسك بهذه الآية ان المولود له هو الاب فلما وجبت نفقة المرضعات على الوالد بسبب الولد فنفقة الولد اولى ان تجب ولان اللام في قوله تعالى وعلى المولود له للاختصاص فصار الولد كالعبد ونفقة العبد تجب على المولى لا يشاركه غير المولى فكذا هنا وفي المبسوط ويجبر الرجل على نفقة اولاده الصغار بقوله تعالى فان ارضعن لكم فاتوهن اجورهن والنفقة بعد الفطام بمنزلة مؤنة الرضاع قبل ذلك اذ هما لا يتفاوتان من حيث النفقة **قوله** وان كان الصغير رضيعا فليس على امه ان ترضعه وعند مالك رحمة الله تعالى عليه تجبر ان لم تكن شريفة **قوله** اما اذا كان لا توجد

لان الارضاع مستحق عليها ديانة قال الله تعالى والوالدات يرضعن اولادهن الا انها عذرت لاحتمال عجزها فاذا اقدمت عليه بالاجر ظهرت قدرتها فكان الفعل واجبا عليها فلا يجوز اخذ الاجر عليه وهذا في المعتدة عن طلاق رجعي رواية واحدة لان النكاح قائم وكذا في المبتوتة في رواية وفي رواية اخرى جاز استيجارها لان النكاح قد زال وجه الاول انه باق في حق بعض الاحكام وان استاجرها وهي منكوحته او معتدة لارضاع ابن له من غيرها جاز لانه غير مستحق عليها وان انقضت عدتها فاستاجرها يعني لارضاع ولدها جاز لان النكاح قد زال بالكلية وصارت كالاجنبية وان قال الاب لا استاجرها وجاء بغيرها فرضيت الام بمثل اجر الاجنبية او رضيت بغير اجر كانت هي احق لانها اشفق فكان نظرا للصبي في الدفع اليها وان التمست زيادة لم يجبر الزوج عليها دفعا للضرر عنه واليه الاشارة في قوله تعالى لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده اي بالزامه لها اكثر من اجرة الاجنبية •

من ترضعه تجبر على الارضاع وقيل لا تجبر الام في ظاهر الرواية لان الولد يتغذى بالدهن وسائر المائعات فلا يؤدي الى الضياع والى الاول مال القدوري وشمس الايمة السرخسي رحمهما الله تعالى •

قوله لان الارضاع مستحق عليها ديانة قال الله تعالى والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين فهو امر بصيغة الخبر ولان عقد النكاح للسكن ولا سكن الا بعد اجتماعهما على اقامة المصالح ومن جملة ذلك الارضاع واصل هذا ماروي ان النبي صلى الله عليه وسلم جعل امور خارج البيت على علي رضي الله تعالى عنه وامور داخله على فاطمة رضي الله تعالى عنها **قوله** وجه الاول انه باق

ونفقة الصغير واجبة على ابيه وان خالفه في دينه كما تجب نفقة الزوجة على الزوج وان خالفته في دينه اما الولد فلاطلاق ما تلوناولانه جزؤه فيكون في معنى نفسه واما الزوجة فلان السبب هو العقد الصحيح فانه بإزاء الاحتباس الثابت به وقد صح العقد بين المسلم والكافر وترتب عليه الاحتباس فوجبت النفقة وفي جميع ماذكرنا انما تجب النفقة على الاب اذالم يكن للصغير مال اما اذا كان فالاصل ان نفقة الانسان في مال نفسه صغيرا كان اوكبيرا والله تعالى اعلم بالصواب *

في حق بعض الاحكام ولهذا تجب النفقة والسكنى فيها ولودفع زكوته الى معتدته عن طلاق بائن اوثلث اوشهد لمعتدته عن طلاق بائن اوثلث لم يجز فلايصح استيجارها كما في حال قيام النكاح .

قوله ونفقة الصغير واجبة على ابيه وان خالفه في دينه بان اسلم الابن والاب كافر اواسلمت ام الصغير والاب كافرا وارتد الصغير والعياذ بالله والاب مسلم لما ان اسلام الصبي العاقل وارتداده صحيح ثم الولد اذا لم يكن له مال فابى ان يكتسب وينفق على اولاده يجبر على ذلك ويحبس بخلاف سائر الديون فان كان الاب عاجزا عن الكسب مابه من الزمانة اوكان معقدا يتكفف الناس وينفق عليهم هكذا ذكر في نفقات الخصاف رحمة الله تعالى عليه ومن المتأخرين من قال نفقة الاولاد في مثل هذه الصورة في بيت المال لانه اذا كان بهذه الصفة تكون نفقته في بيت المال فكذا نفقة اولاده والله تعالى اعلم بالصواب .

فصل

وعلى الرجل ان ينفق على ابويه واجداده وجداته اذا كانوا فقراء وان خالفوه في دينه اما الابوان فلقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا نزلت الآية في الابوين الكافرين وليس من المعروف ان يعيش في نعم الله تعالى ويتركهما يموتان جوعا واما الاجداد والجدات فلانهم من الآباء والامهات ولهذا يقوم الجد مقام الاب عند عدمه ولانهم تسببوا لاحيائه فاستوجبوا عليه الاحياء بمنزلة الابوين وشرط الفقر لانه لو كان ذامال فايجاب نفقته في ماله اولى من ايجابها في مال غيره ولا يمتنع ذلك باختلاف الدين لما تلونا ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين الا للزوجة والابوين والاجداد والجدات والولد وولد الولد اما الزوجة فلما ذكرنا انها واجبة لها بالعقد لاحتباسها لحق له مقصود وهذا لا يتعلق باتحاد الملة واما غيرها فلان الجزئية ثابتة وجزء المرء في معنى نفسه فكما لا تمتنع نفقة نفسه بكفره لا تمتنع نفقة جزئه الا انهم اذا كانوا حربيين لا تجب نفقتهم على المسلم وان كانوا مستأمنين

فصل

قوله وعلى الرجل ان ينفق على ابويه واجداده الى قوله وان خالفوه في دينه معناه اذا كانوا من اهل الذمة اما اذا كانوا من اهل الحرب فلا نفقة لهم **قوله** وصاحبهما في الدنيا معروفا نزلت في الابوين الكافرين دل عليه السياق وهو قوله تعالى وان جاهداك على ان تشرك بي فيما ليس لك به علم فلا تطعهما وصاحبهما في الدنيا معروفا اي في امور الدنيا بالمعروف وهي الطاعة لهما فيما لا يفسد عليك دينك وفسر النبي عليه الصلوة والسلام حسن المصاحبة بان يطعمهما اذا جاعا ويكسوهما اذا عريا ٭

صح

لانانهينا عن البر في حق من يقاتلنا في الدين ولا تجب على النصراني نفقة اخيه المسلم وكذا لا تجب على المسلم نفقة اخيه النصراني لان النفقة متعلقة بالارث بالنص بخلاف العتق عند الملك لانه متعلق بالقرابة والمحرمية بالحديث ولان القرابة القريبة موجبة للصلة ومع الاتفاق في الدين آكد ودوام ملك اليمين اعلى في القطعية من حرمان النفقة فاعتبرنا في الاعلى اصل العلة وفي الادنى العلة المؤكدة فلهذا افترقا ولا يشارك الولد في نفقة ابويه احد لان لهما تأويلا في مال الولد بالنص ولا تأويل لهما في مال غيره ولانه اقرب الناس اليهما فكان اولى باستحقاق نفقتهما عليه وهي على الذكور والاناث بالسوية في ظاهر الرواية وهو الصحيح

قوله لانا نهينا عن البر في حق من يقاتلنا في الدين قال الله تعالى انما ينهيكم الله عن الذين يقاتلونكم في الدين واخرجوكم من دياركم **قوله** لان النفقة متعلقه بالارث بالنص قال الله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك والحكم اذا رتب على اسم مشتق كان مأخذ الاشتقاق علة لذلك الحكم كما في قوله تعالى والسارق والسارقة **قوله** بخلاف العتق عند الملك لانه متعلق بالقرابة والمحرمية بالحديث قال عليه السلام من ملك ذارحم محرم منه عتق عليه **قوله** ولان القرابة القريبة موجبة للصلة ومع الاتفاق في الدين آكد لان له اثرا في الاحسان الاترى ان الله تعالى حقق الاخوة بسبب الدين ودوام ملك اليمين اقوى في قطعية الرحم من حرمان النفقة فاعتبرنا في الاعلى اصل العلة اي في دوام ملك اليمين القرابة القريبة وفي الادنى اي في حرمان النفقة العلة المؤكدة اي القرابة مع اتفاق الدين **قوله** لان لهما تأويلا في مال الولد بالنص وهو قوله عليه السلام انت ومالك لابيك **قوله** وهي على الذكور والاناث بالسوية في ظاهر الرواية وهو الصحيح احترز به عن رواية الحسن عن ابي حنيفة

لان المعنى يشملهما والنفقة لكل ذي رحم محرم اذا كان صغيرا فقيرا اوكانت امرأة بالغة فقيرة اوكان ذكرا بالغا فقيرا زمنا او اعمى لان الصلة فى القرابة القريبة واجبة دون البعيدة والفاصل ان يكون ذارحم محرم وقد قال الله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك وفي قراءة عبد الله ابن مسعود رضي الله تعالى عنه وعلى الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلك ثم لا بد من الحاجة والصغر والانوثة والزمانة والعمي امارة الحاجة لتحقق العجز فان القادر على الكسب غني بكسبه بخلاف الابوين لانه يلحقهما تعب الكسب والولد مأمور بدفع الضرر عنهما فتجب نفقتهما مع قدرتهما على الكسب •

رحمة الله تعالى عليه ان النفقة بين الذكور والاناث اثلاثا للذكر مثل حظ الانثيين على قياس نفقة ذوي الارحام *

قوله لان المعنى يشملهما وهو ما للاب من التأويل في مالهما وكونهما اقرب الناس اليه **قوله** والنفقة لكل ذي رحم محرم وقال ابن ابي ليلى تجب النفقة على كل وارث محرما كان اوغير محرم لظاهر قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك وقال الشافعي رحمه الله لاتجب النفقة على غير الوالدين والمولودين لان استحقاق الصلة عنده باعتبار الولاد دون القرابة حتى لا يعتق احد على احد الا الوالدان والمولودون عنده اوجعل قرابة الاخوة كقرابة بني الاعمام وحمل النص على نفي المضارة دون النفقة وهو مروي عن ابن عباس رضي الله عنه ولنا قول ابن مسعود رضي الله عنه وعلى الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلك فقيد المطلق به فقد قال عمر وزيد رضي الله عنهما وعلى الوارث مثل ذلك من النفقة وهذا لان نفي المضارة لايختص به الوارث بل يجب ذلك على غير الوارث كما يجب على الوارث وقوله ذلك ينصرف الى قوله وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف

قال وتجب ذلك على مقدار الميراث ويجبر عليه لان التنصيص على الوارث تنبيه على اعتبار المقدار ولان الغرم بالغنم والجبر لايفاء حق مستحق.

قال وتجب نفقة الابنة البالغة والابن الزمن على ابويه اثلاثا على الاب الثلثان وعلى الام الثلث لان الميراث لهما على هذا المقدار قال رضي الله عنه هذا الذي ذكره رواية الخصاف والحسن رحمه الله وفي ظاهر الرواية كل النفقة على الاب لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن وصار كالولد الصغير ووجه الفرق على الرواية الاولى انه اجتمعت للاب في الصغير ولاية ومؤنة حتى وجبت عليه صدقة فطره فاختص بنفقته ولا كذلك الكبير لانعدام الولاية فيه فتشاركه الام وفي غير الوالد يعتبر قدر الميراث حتى تكون نفقة الصغير على الام والجد اثلاثا ونفقة الاخ المعسر على الاخوات المتفرقات الموسرات اخماسا على قدر الميراث غير ان المعتبر اهلية الارث في الجملة لا احرازه فان المعسر اذا كان له خال وابن عم تكون نفقته على خاله وميراثه يحرزه ابن عمه ولا تجب نفقتهم مع اختلاف الدين لبطلان اهلية الارث ولابد من اعتباره ولاتجب على الفقير لانها تجب صلة وهو يستحقها على غيره فكيف تستحق عليه بخلاف نفقة الزوجة وولده الصغير

قوله لان التنصيص على الوارث تنبيه على اعتبار المقدار وهذا لان الاصل ان الحكم متى رتب على الاسم المشتق من معنى كان مأخذ اشتقاق ذلك الاسم علة لذلك الحكم كالزاني والسارق فكان الارث علة لاستحقاق النفقة فتقدر بقدر الارث لان الحكم يثبت بقدر علته

قوله غير ان المعتبر اهلية الارث لااحرازه اي يعتبر ان يكون وارثا في الجملة وان كان محجوبا بغيره لان سبب استحقاق النفقة حال القضاء بالنفقة قيام سبب الارث لاجريان الارث اذلا يتصور جريان الارث حال القضاء بالنفقة لان القضاء بها

لانه التزمها بالاقدام على العقد اذ المصالح لا تنتظم بدونها ولا يعمل في مثلها الا عسار ثم اليسار مقدر بالنصاب فيما روي عن ابي يوسف وعن محمد رحمه الله انه قدره بما يفضل من نفقة نفسه وعياله شهرا اوبما يفضل على ذلك من كسبه الدائم كل يوم لان المعتبر في حقوق العباد انما هو القدرة دون النصاب فانه للتيسير والفتوى على الاول لكن النصاب نصاب حرمان الصدقة واذا كان للابن الغائب مال قضي فيه بنفقة ابويه وقد بينا الوجه فيه

حال حيوة القريب ولا يجري الارث حال الحيوة فلوكان للمعسر خال وابن عم فنفقته على خاله لانه محرم ويحرز ميراثه ابن عمه لانه عصبة وهذا لان سبب الارث ثابت للخال فان ابن العم لومات قبل الخال يحرز ميراثه الخال فاذا استويا في المحرمية واهلية الارث يترجح من كان وارثا في الحال فلوكان له عم وخال او عم وعمة وخالة فالنفقة على العم لاستوائها في المحرمية ويترجح العم بكونه وارثا في الحال ولوكان العم معسرا فالنفقة على العمة والخالة اثلاثا على قدر ارثهما ويجعل العم كالميت واذا اجتمع المعسرون والموسرون يقدر المعسر موسرا وتقسم النفقة عليهم ثم يسقط نصيب المعسر ويجب كل النفقة على الموسرين كصغير له ام واخت لاب وام واخت لاب واخت لام والاخت لاب وام والام موسرتان والاخريان معسرتان تجب النفقة على الام والاخت لاب وام ارباعا فاعتبرنا المعسرتين موسرتين حتى يوزع على ستة اسهم على قدر ميراثهن ثم يسقط نصيب المعسرتين بالاعسار فتبقى اربعة اسهم وهو نصيب الموسرتين فيجب كل النفقة عليهما ارباعا ثلثة اسهم على الاخت وسهم على الام ولا يلحق المعسرتان بالاموات ولا لوجبت النفقة على الموسرتين اخماسا خمساها على الام وثلثة الاخماس على الاخت ٭

قوله لانه التزمها بالاقدام على العقد اي التزم نفقة الزوجة واما ولده الصغير فلانه جزؤه فكما لا تسقط عنه نفقة نفسه لعسرته فكذا نفقة طفله **قوله** والفتوى على الاول

واذا باع ابوه متاعه في نفقته جاز عند ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه وهذا استحسان واذا باع العقار لم يجز وفي قولهما لا يجوز ذلك كله وهو القياس لانه لا ولاية له لانقطاعها بالبلوغ ولهذا لا يملك حال حضرته ولا يملك البيع في دين له سوى النفقة وكذا لا تملك الام في النفقة ولابي حنيفة رحمه الله ان للاب ولاية الحفظ في مال الغائب الا ترى ان للوصي ذلك فالاب اولى لوفور شفقته وبيع المنقول من باب الحفظ ولا كذلك العقار لانها محصنة بنفسها وبخلاف غير الاب من الاقارب لانه لا ولاية لهم اصلا في التصرف حالة الصغر ولا في الحفظ حالة الكبر واذا جاز بيع الاب فالثمن من جنس حقه وهو النفقة فله الاستيفاء منه كما لو باع العقار والمنقول على الصغير جاز لكمال الولاية ثم له ان يأخذ منه بنفقته لانه جنس حقه وان كان للابن الغائب مال في يد ابويه وانفقا منه لم يضمنا لانهما استوفيا حقهما لان نفقتهما واجبة قبل القضاء على مامر وقد اخذا من جنس الحق وان كان له مال في يد اجنبي فانفق عليهما بغير اذن القاضي ضمن لانه تصرف في مال الغير بغير ولاية لانه نائب في الحفظ لا غير بخلاف ما اذا امر القاضي لان امره ملزم لعموم ولايته واذا ضمن لا يرجع على القابض لانه ملكه بالضمان فظهر انه كان متبرعا به

وهو ان اليسار مقدر بالنصاب لكن النصاب نصاب حرمان الصدقة وهو ان يملك مما فضل عن حاجته ما يبلغ مائتي درهم فصاعدا وهو الصحيح وهذا لانه لم يشترط لوجوب صدقة الفطر غنى موجب للزكوة وانما يشترط غنى محرم للصدقة فكذا في حق ايجاب النفقة لان النفقة اشبه بصدقة الفطر منه بالزكوة لان في صدقة الفطر معنى المؤنة ومعنى الصدقة فاذا لم يشترط لصدقة الفطر غنى موجب للزكوة وهي صدقة من وجه ومؤنة من وجه فلان لا يشترط لوجوب النفقة غنى موجب للزكوة وانها مؤنة من كل وجه كان اولى ٥

قوله واذا باع ابوه متاعه في نفقته جاز وفي قولهما لا يجوز وهو القياس لان

واذا قضى القاضي للولد والوالدين وذوى الارحام بالنفقة فمضت مدة سقطت لان نفقة هؤلاء تجب كفاية للحاجة حتى لاتجب مع اليسار وقد حصلت بمضي المدة بخلاف نفقة الزوجة اذاقضى بها القاضي لا نها تجب مع يسارها فلا تسقط بحصول الاستغناء فيمامضى۔

قال الا ان يأذن القاضي في الاستدانة عليه لان القاضي له ولاية عامة فصار اذنه كامر الغائب فيصير دينا في ذمته فلا يسقط بمضى المدة والله تعالى اعلم بالصواب۔

ولاية الاب ينقطع ببلوغ الصبي رشيدا الافيما يبيعه تحصينا لولده الغائب فان الابن اذا بلغ وهوغائب فللاب ووصي الاب بيع عروضه تحصينا على ولده الغائب وههنا هولايبيع تحصيناعلى الغائب وانمايبيع لنفسه وليست له هذه الولاية الا ترى ان استحقاق الام النفقة كاستحقاق الاب ثم الام لايبيع عروض الولد في نفقتها فكذلك الاب ولكن استحسن ابوحنيفة رحمه الله فقال ولاية الاب وان زالت بالبلوغ لكن بقي اثرها ولهذا صح منه الاستيلاد في جارية الابن فلبقاء اثر ولايته كان له ان يبيع العروض لان بيع العروض من الحفظ فان العين يخشى عليه الهلاك وحفظ الثمن ايسر وفي الذخيرة ثم ذكر ههنا ان الاب يملك بيع منقول ابنه الكبير الغائب والام لاتملك وذكره في الاقضية جواز بيع الابوين وهكذا ذكر القدوري في شرحه فانه اضاف البيع اليهمافاما ان يكون في المسئلة روايتان في رواية الاقضية والقدوري يملك واما ان يكون المسئلة على الاتفاق بان الام لا تملك وتأويل ما ذكر في الاقضية والقدوري ان الاب هوالذي يبيع لكن لمنفعتهما فاضاف البيع اليهما من حيث ان منفعة البيع تعود اليهماوهوالظاهر۔

قوله واذاقضى القاضي للولد والوالدين وذوى الارحام بالنفقة فمضت مدة سقطت بخلاف

فصل

وعلى المولى ان ينفق على امته وعبده لقوله صلى الله عليه وسلم فى المماليك انهم اخوانكم جعلهم الله تعالى تحت ايديكم اطعموهم مما تأكلون والبسوهم مما تلبسون ولا تعذبوا عباد الله فان امتنع وكان لهما كسب اكتسبا وانفقا لان فيه نظرا للجانبين حتى يبقى المملوك حيا ويبقى فيه ملك المالك وان لم يكن لهما كسب بان كان عبدا زمنا او جارية لا يواجر مثلها اجبر المولى على بيعهما لانهما من اهل الاستحقاق وفى البيع ايفاء حقهما وابقاء حق المولى بالخلف بخلاف نفقة الزوجة لانها تصير دينا فكان تأخيرا على ماذكرنا ونفقة المملوك لاتصير دينا فكان ابطالا

نفقة الزوجة اذا قضى بها القاضي حيث لا يسقط بمضي المدة وكذلك لا يسقط دين الاستدانة في ذوي الارحام واذا فرض القاضي للمرأة عشرة دراهم نفقة شهر فمضى الشهر وقد بقي من العشرة شيء يفرض لها القاضي عشرة اخرى لشهر اخر ولو كان مثل هذا فى الاقارب بان بقي شيء من الدراهم ومضت المدة لا يقضي باخرى واذا فرض القاضي للمرأة الكسوة او النفقة لوقت مقدر فهلكت الكسوة او النفقة او سرقت او حرقت الكسوة او اكلت النفقة قبل الوقت ليس عليه ان يكسوها او ينفق عليها اخرى واما اذا فرض الكسوة او النفقة للاقارب فضاعت من ايديهم قبل مضي الوقت فان القاضي يفرض لهم مرة اخرى والله تعالى اعلم بالصواب .

فصل

قوله وعلى المولى ان ينفق على امته وعبده فان امتنع فكان لهما كسب اكتسبا وانفقا ذكر فى التجنيس رجل له عبد لا ينفق عليه هل للعبد ان يأكل من مال مولاه ان كان قادرا

وبخلاف سائر الحيوانات لانها ليست من اهل الاستحقاق فلا تجبر على نفقتها الا انه يؤمر به فيما بينه وبين الله تعالى لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن تعذيب الحيوان وفيه ذلك ونهى عن اضاعة المال وفيه اضاعته وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجبر والاصح ما قلنا والله تعالى اعلم بالصواب •

على الكسب ليس له ذلك وان لم يكن قادرا على الكسب له ذلك اذا اعتق عبدا صغيرا او امة لا تجب النفقة على المعتق لانه ليس بذي رحم محرم منه وان كان عصبته فصار كابن العم •

قوله وبخلاف سائر الحيوانات لانها ليست من اهل الاستحقاق اذا كانت الدابة كلها مملوكة لرجل لا يجبره القاضي على الانفاق عليها ولو كانت مشتركة يقوله القاضي للآبي اما ان تبيع نصيبك اوتنفق عليه رعاية لجانب الشريك وهذا لان الشريك من اهل الاستحقاق وان لم تكن الدابة من اهل ذلك وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجبر على الانفاق في البهائم ايضا وهو قول الشافعي رحمه الله لان فيه اضاعة المال وتعذيب الحيوان وهما منهيان والاصح ما قلنا لان اجبار القاضي على الانفاق نوع قضاء ولابد للقضاء من مقضي له وهو من اهل الاستحقاق وهو موجود في الرقيق لانه من اهل ان يستحق حقوقا على المولى وان كان مملوكا فاما غير الرقيق فلا يستحق حقوقا على المالك فلا يصلح مقضيا له ففات شرط القضاء فامتنع القضاء والله تعالى اعلم بالصواب •

ق

كتاب العتاق

الاعتاق تصرف مندوب اليه قال صلى الله عليه و سلم ايما مسلم اعتق مؤمنا اعتق الله بكل عضو منه عضوا منه من النار ولهذا استحبوا ان يعتق الرجل العبد و المرأة الامة لتتحقق مقابلة الاعضاء بالاعضاء ٥

كتاب العتاق

العتاق والعتق عبارتان عن القوة يقال عتق الطائر اذا قوي وطار عن وكره ومنه عتاق الطير لاختصاصها بمزيد القوة والخمر اذا تقادم عهدها تسمى عتيقا لاختصاصها بزيادة القوة والكعبة تسمى عتيقا لاختصاصها بالقوة الدافعة للتملك عن نفسها وفي الشرع عبارتان عن قوة حكمية يصير المرء بها اهلا للملك على نفسه وعلى غيره والحرية عبارة عن الخلوص يقال طين حر اي خالص عما يشوبه وارض حرة اي خالصة لاخراج لها ولاعشر وفي الشرع عبارة عن خلوص حكمي يظهر في الآدمي بانقطاع حق الاغيار عن نفسه واثبات هذا الوصف الحكمي اما بازالة الملك او بازالة الرق يسمى اعتاقا وتحريرا قال الاعتاق تصرف مندوب وان لم يكن عبادة حتى صح من الكافر

قال العتق يصح من الحر البالغ العاقل في ملكه شرط الحرية لان العتق لايصح الا في الملك ولاملك للمملوك والبلوغ لان الصبي ليس من اهله لكونه ضررا ظاهرا ولهذا لا يملكه الولي عليه والعقل لان المجنون ليس باهل للتصرف ولذا لو قال البالغ اعتقت وانا صبي فالقول قوله وكذا اذا قال المعتق اعتقت وانا مجنون وجنونه كان ظاهرا لوجود الاسناد الى حالة منافية وكذا لو قال الصبي كل مملوك املكه فهو حر اذا احتلمت لايصح لانه ليس باهل لقول ملزم ولا بد ان يكون العبد في ملكه

دل على كونه مندوبا بالكتاب والسنة والاجماع اما الكتاب قال الله تعالى فك رقبة وهو ان يعين في ثمنها الى ان قال الله تعالى اولئك اصحاب الميمنة اذا كانت الاعانة بهذه المثابة فكيف الاعتاق والسنة ما ذكر في الكتاب والاجماع ظاهر والمعقول فانه تمكين المكلف من اداء العبادات اجمع والتأمل في آيات الآفاق والانفس كما في قوله تعالى سنريهم آياتنا في الآفاق والانفس •

قوله لان الصبي ليس من اهله اي ليس من اهل انشاء العتق وهو اهل للعتق بسبب الملك وذكر في الفصل الذي يليه والصبي جعل اهلا لهذا العتق وكذا المجنون حتى عتق القريب عليهما عند الملك لا له تعلق به حق العبد فشابه النفقة **قوله** ولهذا لو قال البالغ اعتقت وانا صبي فالقول قوله يستدل بهذه المسئلة على ان الصبا حالة منافية للاعتاق فانه لما اسند الاعتاق الى تلك الحالة صح لاسناده الى حالة منافية للاعتاق فكان القول قوله لانه منكر للاعتاق والقول قول المنكر **قوله** لانه ليس باهل لقول ملزم لايقال انه اهل لقول ملزم فانه لو كان صبي في يد رجل فاقر بالرق صح اقراره حتى لو ادعى بعده حرية الاصل لايقبل دعواه لانه ظهر رقه حيث اقر برقه ويد صاحب اليد دليل الملك فلم تنقض يده الثابتة ظاهرا بلا حجة •

حتى لو اعتق عبد غيره لا ينفذ عتقه لقوله صلى الله عليه وسلم لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم

واذا قال لعبده او امته انت حر او معتق او عتيق او محرر او قد حررتك او قد اعتقتك فقد عتق نوى به العتق او لم ينو لان هذه الالفاظ صريحة فيه لانها مستعملة فيه شرعا وعرفا فاغني ذلك عن النية والوضع وان كان في الاخبار فقد جعل انشاء في التصرفات الشرعية للحاجة كما في الطلاق والبيع وغيرهما ولو قال عنيت به الاخبار الباطل او انه حر من العمل صدق ديانة لانه يحتمله ولا يدين قضاء لانه خلاف الظاهر ولو قال له يا حر يا عتيق يعتق لانه نداء بما هو صريح في العتق وهو لاستحضار المنادى بالوصف المذكور وهذا هو حقيقة فيقتضي تحقيق الوصف فيه وانه يثبت من جهته فيقضى بثبوته تصديقا له فيما اخبر وسنقرره من بعد ان شاء الله تعالى الا اذا سماه حرا ثم ناداه يا حر لان مراده الاعلام باسم علمه وهو ما لقبه به ولو ناداه بالفارسية يا آزاد وقد لقبه بالحر قالوا يعتق وكذا عكسه لانه ليس بنداء باسم علمه فيعتبر اخبارا عن الوصف وكذا لو قال رأسك حر او وجهك او رقبتك او بدنك او قال لامته فرجك حر لان هذه الالفاظ يعبر بها عن جميع البدن وقد مر في الطلاق وان اضافه الى جزء شائع يقع في ذلك الجزء وسيأتيك الاختلاف فيه ان شاء الله تعالى وان اضافه الى جزء معين لا يعبر به عن الجملة كاليد والرجل لا يقع عندنا خلافا للشافعي رحمه الله والكلام فيه كالكلام في الطلاق وقد بيناه

ولو قال لا ملك لي عليك ونوى به الحرية عتق وان لم ينو لم يعتق لانه يحتمل انه اراد لا ملك لي عليك لاني بعتك ويحتمل لاني اعتقتك فلا يتعين احدهما مرادا الا بالنية

قوله حتى لو اعتق عبد غيره لا ينفذ بل يتوقف على اجازة المالك **قوله** وسنقرره ان شاء الله تعالى اي في مسئلة يا ابني وقال فيها على ما بيناه اراد به هذا الموضع

قال وكذا كنايات العتق وذلك مثل قوله خرجت من ملكي ولا سبيل لي عليك ولا رق لي عليك وقد خليت سبيلك لانه يحتمل نفي السبيل والخروج عن الملك وتخلية السبيل بالبيع او الكتابة كما يحتمل بالعتق فلا بد من النية وكذا قوله لامته قد اطلقتك لانه بمنزلة قوله خليت سبيلك وهو المروي عن ابي يوسف رحمه الله بخلاف قوله طلقتك على ما نبين من بعد ان شاء الله تعالى ولو قال لا سلطان لي عليك ونوى العتق لم يعتق لان السلطان عبارة عن اليد وسمي السلطان به لقيام يده وقد يبقى الملك دون اليد كما في المكاتب بخلاف قوله لا سبيل لي عليك لان نفيه مطلقا بانتفاء الملك لان للمولى على المكاتب سبيلا فلهذا يحتمل العتق ولو قال هذا ابني

قوله بخلاف قوله طلقتك اي في قوله اطلقتك يثبت العتق ولا يثبت في قوله طلقتك وان كانا سواء في اللغة لان قوله طلقتك صار صريحا في الطلاق عن النكاح فلا يثبت به العتق على ما يأتي بيانه واما قوله اطلقتك فلم يستعمل فيه ثم بينه وبين قوله خليت سبيلك مناسبة يقال اطلقه عن الشيء اذا خلي سبيله فهو كقوله خليت سبيلك **قوله** لان السلطان عبارة عن اليد اي عن القدرة على الفعل ولا ينبئ عن الملك في الذات كالسلطنة لا يوجب السلطان ملكا في رقاب الناس انما يوجب قدرة الفعل عليهم **قوله** وقد يبقى الملك دون اليد اي نفي الملك ليس من لوازم نفي اليد لانه يبقى الملك دون اليد كما في المكاتب فلا يلزم من نفي اليد نفي الملك في قوله لا سلطان لي عليك بخلاف قوله لا سبيل لي عليك لان نفي السبيل مطلقا بانتفاء الملك ولهذا بقي للمولى على المكاتب سبيل حيث يطالبه ببدل الكتابة فلهذا صار قوله لا سبيل لي عليك كناية عن العتق لانه من لوازم نفي السبيل وعن الكرخي رحمه الله تعالى انه قال فني عمري وما انفتح لي وجه الفرق بين نفي السبيل والسلطان والفرق على ما قيل من وجهين

وثبت على ذلك عتق ومعنى المسئلة اذا كان يولد مثله لمثله فان كان لايولد مثله لمثله اذكره بعد هذا ثم ان لم يكن للعبد نسب معروف يثبت نسبه منه لان ولاية الدعوة بالملك ثابتة والعبد محتاج الى النسب فيثبت نسبه منه واذا ثبت عتق لانه يستند النسب الى وقت العلوق وان كان له نسب معروف لا يثبت نسبه منه للتعذر ويعتق اعمالا للفظ في مجازه عند تعذر اعماله بحقيقته ووجه المجاز نذكره من بعد ان شاء الله تعالى ولو قال هذا مولاي او يامولاي عتق اما الاول فلان اسم المولى وان كان

احدهما ان السلطان عبارة عن الحجة وعن اليد ونفي كل واحد منهما لا يستدعي نفي الملك كالمكاتب يثبت الملك للمولى فيه دون اليد فامانفي السبيل من كل وجه يستدعي العتق فان للمولى على مكاتبه سبيلا من حيث المطالبة ببدل الكتابة حتى لو انتفى ذلك بالبراءة يعتق ايضا والثاني ان العتق في نفي السبيل محتمل وفي نفي السلطان محتمل المحتمل فلايثبت الاول دون الثاني بيانه ان نفي السلطان يحتمل نفي الحجة ويحتمل نفي اليد ثم نفي اليد يحتمل نفي الملك ويحتمل غيره فامانفي السبيل يحتمل انتفاءه بالعتق وبغيره يعني لاسبيل لي عليك في اللوم والعقوبة *

قوله وثبت على ذلك معناه لم يقل اخطأت اوغلطت قيل ان شرط الثبات لثبوت النسب لا لثبوت العتق اذ الرجوع عن العتق لايصح وعن النسب يصح نص عليه فخر الاسلام رحمه الله **قوله** ثم ان لم يكن للعبد نسب معروف يثبت نسبه منه وفي الكافي للعلامة النسفي رحمه الله ولافرق بين ان يكون جليبا او مولدا لان صحة دعوة المولى باعتبار الملك وحاجة المملوك الى النسب قلت قوله جليبا انما يصح اذا كان جليبا غير ثابت النسب في مسقط رأسه اما اذا كان ثابت النسب في مولده لا يثبت نسبه من المولى **قوله** ويعتق اعمالا للفظ في مجازه ذكر فخر الاسلام البزدوي رحمه الله في اصول الفقه انه يثبت

ينتظم الناصر وابن العم والموالاة في الدين والاعلى والاسفل في العتاقة الا انه تعين للاسفل فصار كاسم خاص له وهذا لان المولى لا يستنصر بمملوكه عادة وللعبد نسب معروف فانتفى الاول والثاني والثالث نوع مجاز والكلام للحقيقة والاضافة الى العبد تنافي كونه معتقا فتعين المولى الاسفل فالتحق بالصريح وكذا اذا قال لامته هذه مولاتي لما بيناه ولو قال عنيت به المولى في الدين او الكذب يصدق فيما بينه وبين الله تعالى ولا يصدق في القضاء لمخالفته الظاهر واما الثاني فلانه لما تعين الاسفل مرادا التحق بالصريح وبالنداء بلفظة الصريح يعتق بان قال يا حر يا عتيق فكذا النداء بهذا اللفظ وقال زفر رحمه الله لا يعتق في الثاني لانه يقصد به الاكرام بمنزلة قوله يا سيدي يا مالكي قلنا الكلام لحقيقته وقد امكن العمل به بخلاف ماذكر لانه ليس فيه ما يختص بالعتق فكان اكراما محضا

النسب في حق المقر ويعتق بحقيقته دون مجازه لان ذلك ممكن والنسب قد يثبت من زيد ويشتهر من عمرو فيكون المقر مصدقا في حق نفسه *

قوله ينتظم الناصر قال الله تعالى ذلك بان الله مولى الذين آمنوا وقال الله تعالى انت مولانا وكذا ابن العم قال الله تعالى واني خفت الموالي من ورائي

قوله والثالث نوع مجاز وهو الموالاة في الدين وذلك لان المولى من الولي وهو القرب ولا قرب بين المشرقي والمغربي حقيقة وبينهما موالاة في الدين فيكون بطريق المجاز

قوله واما الثاني وهو قوله يا مولائي عطف على قوله واما الاول **قوله** وقال زفر رحمه الله لا يعتق في الثاني اي بدون النية لانه يقصد به الاكرام بمنزلة قوله يا سيدي يا مالكي قلنا الكلام لحقيقته وقد امكن العمل به لان قوله مولاي حقيقة في المعتق لان له ولاء عليه وقد تعين مراد الما ذكر ان اسم المولى ينتظم الناصر وابن العم والموالاة في الدين والاعلى والاسفل في العتاقة الا انه تعين الاسفل فصار كاسم خاص له

ولو قال يا ابني او يا اخي لم يعتق لان النداء لاعلام المنادى الا انه اذا كان بوصف يمكن اثباته من جهته كان لتحقيق ذلك الوصف فى المنادى استحضارا له بالوصف المخصوص كما في قوله يا حر على مابيناه واذا كان النداء بوصف لا يمكن اثباته من جهته كان للاعلام المجرد دون تحقيق الوصف فيه لتعذره والبنوة لا يمكن اثباتها حالة النداء من جهته لانه لو انخلق من ماء غيره لا يكون ابناله بهذا النداء فكان لمجرد الاعلام ويروى عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى شاذا انه يعتق فيهما والاعتماد على الظاهر ولو قال يا ابن لا يعتق لان الامر كما اخبر فانه ابن ابيه وكذا اذا قال يابني او يابنية لانه تصغير للابن والبنت من غير اضافة والامر كما اخبر

فصار قوله يامولائي وقوله يا حر يا عتيق بخلاف قوله ياسيدي يامالكي لانه ليس فيه مايختص بالعتق لان في قوله يامولائي تثبت صفة فى العبد من جانب المنادي وهو اثبات ولاء له عليه وذلك لايكون الا بسابقة العتق وهو ولاء العتاقة فيثبت العتق لانه ممايمكن اثباته فى الحال من جانب المنادي اما قوله يا مالكي ياسيدي لا تثبت بهذين اللفظين صفة فى العبد من جهة المنادي لانه لو ثبت بها الحرية لايكون العبد سيدا ومالكا لمولاه فحمل على الاكرام ولا يقال لم لا يحمل قوله يامولائي على مولى الموالاة حتى لا يعتق واللفظ يحتمله كما يحتمل ولاء العتاقة لانا نقول لم يجز عقد الموالاة بينهما وهو عقد لا يقوم باحد الطرفين بل يقوم بهما فلم يمكن حمله عليه واما ولاء العتاقة فالمولى ينفرد باثباته لانه يثبت بالاعتاق والاعتاق ممايتفرد به المولى •

قوله ولو قال يا ابني اويا اخي لم يعتق لان النداء لاعلام المنادى بالاستحضار فان قيل لم لا يحمل على المجاز وهو الحرية كما في قوله هذا ابني قلنا لو لم يحمل هناك قوله هذا ابني يلغو كلامه اصلا واما قوله يا ابني لو لم يحمل على الحرية لايلغو كلامه بل يحمل

وان قال لغلام لايولد مثله لمثله هذا ابني عتق عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لايعتق وهو قول الشافعي رحمه الله لهم انه كلام محال فيرد ويلغو كقوله اعتقتك قبل ان اخلق اوقبل ان تخلق ولابي حنيفة رحمه الله انه كلام محال بحقيقته لكنه صحيح بمجازه لانه اخبار عن حريته من حين ملكه وهذا لان البنوة في المملوك سبب لحريته

على معنى مقصود في النداء وهو استحضار المنادى مع ان النداء لايراعى فيه المعنى ولايلتفت اليه ولكن انما تثبت الحرية بقوله ياحر مع وجود هذا الاصل لما ان لفظ الحرية لما كان من صريح الفاظ العتق قام اللفظ الصريح مقام معناه فصار كانه اثبت ذلك المعنى فيه اولا ثم استحضر بالنداء بخلاف لفظ الابن فانه ليس بصريح فيه ٭

قوله وان قال لغلام لا يولد مثله لمثله هذا ابني عتق عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى وقالا والشافعي رحمه الله لا يعتق لانه كلام محال فيرد ويلغو كقوله اعتقتك قبل ان اخلق اوقبل ان تخلق بخلاف معروف النسب ويولد مثله لمثله لان كلامه محتمل لجواز ان يكون مخلوقا من مائه بالوطئ عن شبهة وقد اشتهر نسبه من الغير الاترى ان ام الغلام لوكانت في ملكه يصير ام ولده ثم لا يصير ام ولده ههنا ولابي حنيفة رحمه الله انه محال بحقيقته لكنه صحيح بمجازه وهذا بناء على ان المجاز خلف عن الحقيقة في الحكم عندهما فيقتضي تصور الحكم ولا تصور لحكم الحقيقة هنا بخلاف معروف النسب فان النسب قد يثبت من زيد و يشتهر من عمرو فكان الاصل متصورا فيجوز اثبات المجاز خلفا عنه وعند ابي حنيفة رحمه الله المجاز خلف عن الحقيقة في حق التكلم لا في حق الحكم لانه تصرف من المتكلم واقامة كلام مقام كلام فتشترط صحته من حيث انه مبتدأ وخبر وقد وجد وتعذر العمل بحقيقته وله مجاز متعين فصار مستعارا لحكمه بلانية كالنكاح بلفظ الهبة وان كانت الحرة لايقبل حكم اصل الهبة وهو ملك الرقبة ٭

اما اجماعا او صلة للقرابة واطلاق السبب وارادة المسبب مستجاز في اللغة تجوزا ولان الحرية ملازمة للبنوة في المملوك والمشابهة في وصف ملازم من طرق المجاز على ما عرف فيحمل عليه تحرزا عن الالغاء بخلاف ما استشهد به لانه لا وجه له في المجاز فتعين الالغاء وهذا بخلاف ما اذا قال لغيره قطعت يدك خطأ فاخرجهما صحيحتين حيث لم يجعل مجازا عن الاقرار بالمال والتزامه وان كان القطع سبباً لوجوب المال لان القطع خطأ سبب لوجوب مال مخصوص وهو الارش وانه يخالف مطلق المال في الوصف حتى وجب على العاقلة في سنتين ولا يمكن اثباته بدون القطع وما امكن اثباته فالقطع ليس بسبب له

قوله اجماعا او صلة للقرابة يعني البنوة في المملوك سبب لحريته اما اجماعا على حسب الاختلاف بيننا وبين الشافعي رحمه الله فيما هو العلة فان علة الحرية قرابة الولادة عنده وعندنا القرابة المحرمة للنكاح فقال اما اجماعا باي علة كانت او للعلة التي قلنا وهي صلة للقرابة المحرمة للنكاح وكيف ما كان البنوة سبب الحرية واطلاق السبب على المسبب جائز مجازا بخلاف قوله اعتقتك قبل ان اخلق او تخلق فانه اضاف العتق الى حالة تنافي تصور الاعتاق منه اصلا ورأسا فتعين الالغاء وبخلاف ما اذا اقر بقطع يد صحيح اليد لان قطع اليد خطأ سبب لوجوب مال مكيف في السنتين لا يمكن ايجابه بدون القطع وما امكن ايجابه من مطلق المال لا يكون القطع سببا له فتعذر جعل الاقرار بقطع اليد مجازا عن الاقرار بمطلق المال على ان قطع اليد سبب لوجوب المال على العاقلة فلو جعل مجازا عن الاقرار بوجوب المال لكان هذا اقرارا بوجوب المال على العاقلة والاقرار على الغير باطل ولا يقال بانه لم لا يجعل اقرارا بما يخصه من الدية لان لازمة قطع اليد وجوب المال موزعا على العاقلة فبايجاب المال قصرا على واحد من العواقل لا يكون لازمة قطع اليد فلا يصح المجاز بخلاف الحرية فانها لا تختلف باختلاف اسبابها فما هو لازم البنوة امكن ثبوته بالاقرار وما ثبت بالاقرار عين ما كان

اما الحرية لا تختلف ذاتا وحكما فامكن جعله مجازا عنه ولو قال هذا ابي اوامي ومثله لا يولد لمثله فهو على الخلاف لما بينا ولو قال لصبي صغير هذا جدي قيل هو على الخلاف وقيل لا يعتق بالاجماع لان هذا الكلام لا موجب له في الملك الا بواسطة وهو الاب وهي غير ثابتة في كلامه فتعذر ان يجعل مجازا عن الموجب بخلاف الابوة والبنوة لان لهما موجبا في الملك من غير واسطة

لازما بالبنوة فان قيل على ما قال ابو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله كان ينبغي ان لا يصح قولهم هذا اسد للانسان الشجاع ولا خلاف لاحد في صحته قلنا هذا ليس من هذا الباب فان الغرض منه التشبيه والمراد هذا كاسد ولو كان مستعارا فمبناه على التشبيه استعار الاسد للشجاع وادعى انه هذا الهيكل المخصوص مبالغة في التشبيه وانما يحصل الغرض هنا اذا لم يتصور حكم الحقيقة فلا يكون من هذا الباب في شيء وانه ظاهر

قوله اما الحرية لا تختلف ذاتا وحكما فان قيل الحرية الثابتة في قوله هذا ابني وهو اكبر سنا منه غير الحرية الثابتة بحقيقة البنوة ايضا كما في ارش اليد على ما ذكر وذلك لان الحرية الثابتة بحقيقة البنوة موجبة للارث وحرمة المصاهرة وغيرهما من الاحكام والحرية الثابتة بقوله هذا ابني لا يثبت شيئا من ذلك فلما كانتا غيرين كانت مسئلتنا هذه عين مسئلة الارش قلنا الحرية لا يتفاوت ذاتا وهو زوال الرق ولا يتفاوت حكما اصليا وهو صلاحية القضاء والشهادة والولايات كلها وكانت الحريتان سواء وما ذكرته من الثمرات فلا يبالي به

قوله وقيل لا يعتق بالاجماع والفرق لابي حنيفة رحمه الله ان قوله هذا جدي لا موجب له في الملك الا بواسطة الاب والاب غير مذكور في لفظه وهذا تصرف لفظي فتصح الاستعارة في المذكور في غير المذكور والمذكور لا موجب له بنفسه الا بواسطة غير مذكورة فلا تصح الاستعارة بخلاف

ولوقال هذا اخي لا يعتق في ظاهرالرواية وعن ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه انه يعتق ووجه الروايتين ما بيناه

قوله هذا ابني لان المذكور هو البنوة ومن موجبه الحرية في الملك بلا واسطة فتصح الاستعارة ه

قوله ولوقال هذا اخي لايعتق في ظاهرالرواية وعن ابي حنيفة رحمه الله تعالى انه يعتق ووجه الروايتين مابيناه وجه ظاهر الرواية ماذكر في مسئلة الجد انه لاموجب لقوله هذا جدي الا بواسطة وتلك الواسطة غيرمذكورة وكذلك قوله هذا اخي لاموجب له الا بواسطة الاب والام لانه عبارة عن مجاورة في صلب اورحم وتلك الواسطة غير مذكورة وجه ماروي من ابي حنيفة رحمه الله انه يعتق وهو رواية الحسن عنه ان للاخوة في ملكه موجبا وهو العتق كما في قوله هذا ابني وذكر في المبسوط ان اختلاف الروايتين في الاخ انما كان اذا ذكره مطلقا بان قال هذا اخي فاما اذا ذكره مقيدا وقال هذا اخي لابي ولامي يعتق من غير تردد لما ان مطلق الاخوة مشترك قد يراد بها الاخوة في الدين قال الله تعالى انما المؤمنون اخوة وقد يراد بها الاتحاد في القبلة قال الله تعالى والى عاد اخاهم هودا وقد يراد بها الاخوة في النسب والمشترك لا يكون حجة بدون البيان وفي مجموع النوازل لو قال لغلامه هذا عمي اوقال هذا خالي اوقال لامته هذه عمتي اوهذه خالتي يعتق ولوقال هذا اخي اوهذه اختي لا يعتق لان الاخ اسم مشترك بخلاف اسم العم والخال فان قيل البنوة ايضا تختلف بين رضاعة ونسب فكيف يثبت العتق بالاطلاق قوله هذا ابني قلنا ان البنوة من الرضاع مجاز والمجاز لا يعارض الحقيقة

ولو قال لعبده هذا بنتي فقد قيل على الخلاف وقد قيل هو بالاجماع لان المشار اليه ليس من جنس المسمى فتعلق الحكم بالمسمى وهو معدوم فلا يعتبر وقد حققناه في النكاح وان قال لامته انت طالق او بائن او تخمري ونوى به العتق لم تعتق وقال الشافعي رحمه الله تعتق اذا نوى وكذا على هذا الخلاف سائر الفاظ الصريح والكناية على ما قال مشايخهم رحمهم الله له انه نوى ما يحتمله لفظه لان بين الملكين موافقة اذ كل واحد منهما ملك العين اما ملك اليمين فظاهر وكذا ملك النكاح في حكم ملك العين حتى كان التابيد من شرطه والتاقيت مبطلا له وعمل اللفظين في اسقاط ما هو حقه وهو الملك ولهذا يصح التعليق فيه بالشرط اما الاحكام تثبت بسبب سابق وهو كونه مكلفا ولهذا تصح لفظة العتق والتحرير كناية عن الطلاق فكذا عكسه

قوله ولو قال لعبده هذا بنتي فقد قيل على الخلاف وقد قيل هو بالاجماع اي لا يعتق لان المشار اليه اذا لم يكن من جنس المسمى فالعبرة للمسمى كما لو باع فصا على انه ياقوت فاذا هو زجاج فالبيع باطل والذكر والانثى من بني آدم جنسان مختلفان فاذا لم يكن المشار اليه من جنس المسمى تعلق الحكم بالمسمى وهو معدوم ولا يمكن تصحيح الكلام ايجابا ولا اقرارا في المعدوم **قوله** وكذا ملك النكاح في حكم ملك العين حتى كان التابيد من شرطه والتاقيت مبطلا له ولو كان النكاح في حكم ملك المنفعة لكان التاقيت من شرطه والتابيد مبطلا له كما في الاجارة **قوله** وعمل اللفظين اي قوله انت حر انت طالق **قوله** ولهذا يصح التعليق فيه اي في الاعتاق وانه مما يوضح كون عمله في الاسقاط **قوله** اما الاحكام تثبت بسبب سابق جواب للشافعي رحمه الله عن قولنا ان الاعتاق اثبات القوة ولهذا تثبت به احكام مثل الاهلية والولاية والشهادة فلا يشبه الطلاق الذي هو اسقاط محض قال ان الاعتاق

ولنا انه نوى مالا يحتمله لفظه لان الاعتاق لغة اثبات القوة والطلاق رفع القيد وهذا لان العبد الحق بالجمادات وبالاعتاق يحيي فيقدر ولا كذلك المنكوحة فانها قادرة الا ان قيد النكاح مانع وبالطلاق يرتفع المانع فتظهر القوة ولا خفاء ان الاول اقوى ولان ملك اليمين فوق ملك النكاح فكان اسقاطه اقوى واللفظ يصلح مجازا عما هو دون حقيقته لا عما هو فوقه فلهذا امتنع في المتنازع فيه وانساغ في عكسه واذا قال لعبده انت مثل الحر لم يعتق لان المثل يستعمل للمشاركة في بعض المعاني عرفا فوقع الشك في الحرية ولو قال ما انت الا حر عتق لان الاستثناء من النفي اثبات على وجه التاكيد كما في كلمة الشهادة ولو قال رأسك رأس حر لا يعتق لانه تشبيه بحذف حرفه ولو قال رأسك رأس حر عتق لانه اثبات الحرية فيه اذ الرأس يعبر به عن جميع البدن والله تعالى اعلم بالصواب •

اسقاط ايضا بدليل صحة التعليق فيهما ولا يرد على ثبوت تلك الاحكام لانها ثابتة بسبب سابق وهو كونه مكلفا غير ان الرق كان مانعا وبالاعتاق زال المانع فصار كالطلاق •

قوله ولنا انه نوى مالا يحتمله لفظه كما لو قال اسقني ونوى به العتق وهذا لان الطلاق لا يحتمل العتاق حقيقة وهو ظاهر ولا مجازا لانه لا يكون بلا مشابهة ولا مشابهة بينهما لان الاعتاق اثبات القوة اذ العبد الحق بالاموات لان الرق اثر الكفر وهو موت حكما وبالاعتاق يحيي ويقدر ويصير اهلا للمالكية والطلاق رفع القيد لانها بعد النكاح بقيت حرة قادرة كما كانت لكنها ممنوعة عن الخروج والبروز والتزوج وبالطلاق يرتفع المانع فتظهر القوة الكاملة فيها ولان ملك اليمين فوق ملك النكاح بدليل انه يدخل فيه ملك المتعة تبعا ولا ينعكس فكان اسقاطه اقوى لانه يزيل اقوى الملكين ولانه يزيل ملك الرقبة وملك المتعة في محله ومن شرط المجاز انه لا يكون

فصل

ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه وهذا اللفظ مروي من رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر

عمله في محل المجاز اقوى من عمله في محل الحقيقة لان عمله في محل حقيقته ازالة المانع من الفعل فقط وفي محل المجاز اثبات القدرة وازالة الضعف ولا شك ان الثاني اقوى ولهذا لا يعتق بانت طالق وان نوى به العتق وتطلق بانت حرة ان نوى به الطلاق فان قيل ملك النكاح في حكم ملك العين فيكون رفعه في حكم رفع ملك اليمين ايضا قلنا ولكنه في الحقيقة ليس بملك عين فانها حرة مالكة نفسها فلم يكن ما يرفع ذلك الملك في معنى ما يرفع ملك الرقبة من كل وجه فان قيل الآدمي خلق مالكا لنفسه بحيث ينطلق حيث شاء وبملك اليمين يمتنع ذلك كما في النكاح قلنا لا كذلك بل الآدمي حيوان كالبهيمة وبكونه حيوانا لا يملك نفسه ولا غيره بل بصفة الحرية يملك وهذه الصفة تزول بالرق فتزول المالكية وهي علة ملك الانطلاق شرعا وبالتحرير تثبت المالكية وصفة المالكية لا تزول بالنكاح بل النكاح يمنع استعمال العلة مع وجودها وهذا كما تسقط القوة بالمرض فيداوى فيقوى على المشي والموثق يرفع وثاقه فيقدر على المشي فلا يكون بين رفع الوثاق وبين اثبات القوة بالمداواة تشاكل والله تعالى اعلم بالصواب .

فصل

قوله ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه وهذا اللفظ مروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم رواه عمر وعبد الله بن مسعود وطائفة رضي الله تعالى عنهم

(كتاب العتاق ـ فصل)

والفظ بعمومه ينتظم كل قرابة مؤبدة بالمحرمية ولادا او غيره والشافعي رحمة الله تعالى عليه يخالفنا في غيره له ان ثبوت العتق من غير مرضاة المالك ينفيه القياس اولا يقتضيه والاخوة وما يضاهيها نازلة عن قرابة الولاد

قوله واللفظ بعمومه ينتظم كل قرابة اي لفظ ذارحم محرم عام كانه اراد به العام بعموم الصفة لان ذارحم يستدعي موصوفا لا محالة فيكون المعنى من ملك انسانا ذا رحم محرم منه وقوله فهو حر الضمير يرجع اليه فيعم بعمومه ثم عند اصحاب الظواهر منهم داؤد الاصفهاني اذا ملك قريبه لايعتق بدون الاعتاق لقوله عليه السلام لن يجزي ولد والده الا ان يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه فيه تنصيص على انه يستحق عليه اعتاقه ولو عتق بنفس الشراء لم يكن لقوله عليه السلام فيعتقه معنى ولان القرابة لو اوجبت رفع الملك لمنعت وقوعه كما في ملك النكاح فلما لم يمنع ثبوت الملك لم يمنع البقاء بالطريق الاولى ولنا ان الفاء للوصل والتعقيب فيقتضي ان يكون معتقا بذلك الشراء لا بفعل مبتدأ كما يقال اطعمه فاشبعه وسقاه فارواه اي بذلك الاطعام والسقي لانه لو صار معتقا بفعل مبتدء وقد يوجد ذلك وقد لا يوجد فلا يتحقق معنى التعقيب والعتق صلة فلا يتحقق الا بعد الملك وانتفاء ملك النكاح لحرمة المحل وهو موجود قبل العقد قوله ولادا اوغيره والشافعي رحمه الله يخالفنا في غير الولاد لان العتق اقوى الصلات فيناط باقرب القرابات وهو الولاد لمكان الحرية والاصل هو الاتفاق بين البعض والكل فجعل ملك الرجل ولده واباه كملك نفسه والعبد اذا ملك نفسه عتق فكذا اذا ملك اباه او ولد قوله والاخوة وما يضاهيها وهي القرابة المتوسطة تتجاوز في الاصلاب والارحام كالاعمام والاخوال وبنيهم وقد الحقت بالبعيدة في الشهادة والقود والزكوة وحل الحليلة وامتناع التكاتب فكذا في هذا الحكم

فامتنع الالحاق اوالاستدلال ولهذا امتنع التكاتب على المكاتب في غير الولاد ولم يمتنع فيه ولنا ما روينا ولانه قريبة ملك قرابة مؤثرة في المحرمية فيعتق عليه وهذا هوا لموثرفي الاصل والولاد ملغي لا يهاهي التي يفترض وصلها ويحرم قطعها حتى وجبت النفقة وحرم النكاح

قوله فامتنع الالحاق اي بالقياس لان الحكم في الاصل ثابت مع منافاة القياس فلا يجري في مثله القياس **قوله** اوالاستدلال اي امتنع دلالة النص ايضا لان قرابة الاخوة ادنى مرتبة من قرابة الولاد ويشترط في الدلالة مساواة الفرع الاصل من كل وجه **قوله** ولهذا امتنع التكاتب بيان للفرق بين الولاد وغيره **قوله** حتى وجبت النفقة وحرم النكاح ايضا لكون الولاد ملغى في الاصل وهو قرابة الولاد وقد اجمعنا بالعتق فيها عند الملك فكذا في القرابة المؤيدة بالمحرمية وقد وجبت النفقة فيها وحرم النكاح تحقيقا للصلة المفترضة وتحرزا عن القطيعة المحرمة فلان يعتق اولى اذ بقاء الملك اعلى من القطيعة ولا يقال ماذكر من وجوب النفقة لايلزم الخصم لانه لانفقة في غير الولاد عنده لانا نقول يلزمه لانه لما ثبت وجوب النفقة لذى الرحم المحرم بقوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك لم يعتبر انكار منكر بعده فان قيل ان حرمة النكاح اسرع ثبوتا من العتق الاترى ان حرمة النكاح تثبت بالرضاع ولايثبت به العتق فلم يلزم لذلك من ثبوت حرمة النكاح ثبوت العتق قلنا كلا منافي حرمة كانت صيانة عن الذل تحقيقا للصلة وليس للرضاع اثر في وجوب الصلة الاترى انه يجري التوارث ولا وجوب النفقة في الرضاع فعلمنا ان حرمة النكاح لم تثبت في الرضاع صلة بل النص اثبت حرمته فيه كما اثبت حرمة نكاح المشركة فان حرمة النكاح تثبت بالنساء غير القرابة وليس كلامنا فيه

قد

ولا فرق بينما اذا كان المالك مسلما اوكافرا في دار الاسلام لعموم العلة والمكاتب اذا اشترى اخاه ومن يجري مجراه لا يتكاتب عليه لانه ليس له ملك تام يقدره على الاعتاق والافتراض عند القدرة بخلاف الولاد لان العتق فيه من مقاصد الكتابة فامتنع البيع فيعتق تحقيقا للمقصود العقد وعن ابي حنيفة رحمه الله تعالى انه يتكاتب على الاخ ايضا وهو قولهما قلنا ان نمنع وهذا بخلاف ما اذا ملك ابنة عمه وهي اخته من الرضاع

قوله ولا فرق بينما اذا كان المالك مسلما او كافرا في دار الاسلام انما قيد به لان الحربي لو ملك في دار الحرب ذا رحم محرم منه لم يعتق عليه **قوله** لعموم العلة وهو الملك مع القرابة فان قيل العتق وجب صلة كالنفقة ولم تجب النفقة عند اختلاف الدين قلنا ايجاب النفقة يثبت بالنص باسم الوارث فاعتبر فيها الارث والعتق يثبت بالنص باسم ذي رحم محرم فلم يعتبر الارث **قوله** والافتراض عند القدرة يعني صلة الرحم فرض ولكن القدرة شرط ولا قدرة للمكاتب على كتابة اخيه لان الكتابة نوع عتق ولا قدرة له على الاعتاق بخلاف الولاد لان مقصوده ان يعتق بجميع اجزائه فيسرى العتق الى قريبه ولادا تحقيقا لمقصوده وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يتكاتب على الاخ وهو قولهما قلنا ان نمنع وحل وضع الزكوة لا يدل على حرمة صلة العتق فالزكوة نفسها صلة ولكن لم يحل بين الاباء والابناء لان التمليك لم يعم للاشتراك في المنافع ولا كذلك بين الاخوين وكذا الشهادة لابيه لا تصح لانه كالشاهد لنفسه من حيث انه جر النفع وقد عدم في الاخ وكذا وجوب القصاص لان الابن يقتل بابيه قصاصا مع انه يعتق عليه بالملك فتبين ان الولد انما لا يقتل اباه قصاصا مع انه يعتق عليه بالملك لان الشرع حرم عليه قصدا لاب كرامة للاب لا لانه يعتق عليه لو ملكه وكذا حل الحليلة لان الوحشة التي تلحق الانسان تحل حليلته لغيره دون الوحشة التي تلحقه بلزوم الطاعة فهذا الحق

لان المحرمية ماثبتت بالقرابة والصبي جعل اهلا لهذا العتق وكذا المجنون حتى عتق القريب عليهما عند الملك لانه تعلق به حق العبد فشابه النفقة ومن اعتق عبدا لوجه الله تعالى او للشيطان او للصنم عتق لوجود ركن الاعتاق من اهله في محله و وصف القربة في اللفظ الاول زيادة فلا يختل العتق بعدمه في اللفظين الآخرين وعتق المكره والسكران واقع لصدور الركن من الاهل في المحل كما في الطلاق وقد بيناه من قبل وان اضاف العتق الى ملك اوشرط صح كما في الطلاق واما الاضافة الى الملك ففيه خلاف الشافعي رحمه الله وقد بينا في كتاب الطلاق واما التعليق بالشرط فلانه اسقاط فيجري فيه التعليق بخلاف التمليكات على ما عرف في موضعه واذا خرج عبد الحربي الينا مسلما عتق لقوله صلى الله عليه وسلم في عبيد الطائف حين خرجوا الينا مسلمين هم عتقاء الله ولانه احرز نفسه وهو مسلم ولا استرقاق على المسلم ابتداء وان اعتق حاملا عتق حملها تبعا لها اذ هو متصل بها ولو اعتق الحمل خاصة عتق دونها لانه لاوجه الى اعتاقها مقصود العدم الاضافة ولا اليه تبعا لما فيه من قلب الموضوع ثم اعتاق الحمل صحيح ولا يصح بيعه وهبته لان التسليم نفسه شرط في الهبة والقدرة عليه في البيع ولم يوجد ذلك بالاضافة الى الجنين وشيئ من ذلك ليس بشرط في الاعتاق فافترقا

الملك فان لم تجب الصيانة عن ادنى الامرين بالمحرمية بالرحم لا يدل على انه لا يجب عن الاعلى *

قوله لان المحرمية ما ثبتت بالقرابة والامة إذا اجتمعت على ان المراد بالمحرم المحرم بسبب القرابة **قوله** فشابه النفقة اي كما تجب على الصبي والمجنون نفقة الابوين وولد المجنون وكل ذي رحم محرم منهما فكذا العتق على الملك **قوله** واما التعليق بالشرط فانه صحيح في الملك بلا خلاف بيننا وبين الشافعي رحمه الله **قوله** ولا استرقاق

ولو اعتق الحمل على مال صح ولا يجب المال اذ لا وجه الى الزام المال على الجنين لعدم الولاية عليه ولا الى الزامه الام لانه في حق العتق نفس على حدة واشتراط بدل العتق على غير المعتق لا يجوز على ما مر في الخلع وانما يعرف قيام الحبل وقت العتق اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر منه لانه ادنى مدة الحمل ٭

قال وولد الامة من مولاها حر لانه مخلوق من مائه فيعتق عليه هذا هو الاصل ولا معارض له فيه لان ولد الامة لمولاها وولدها من زوجها مملوك لسيدها لترجح جانب الام باعتبار الحضانة او لاستهلاك مائه بمائها والمنافاة متحققة والزوج قد رضي به بخلاف ولد المغرور لان الوالد ما رضي به وولد الحرة حر على كل حال لان جانبها راجح فيتبعها في وصف الحرية كما يتبعها في المملوكية والمرقوقية والتدبير وامومية الولد والكتابة والله تعالى اعلم ٭

على المسلم ابتداء احترز به عن الاسترقاق بقاء لان الرق جزاء الكفر لكنه في حالة البقاء صار من الامور الحكمية فيصح بقاء كما يصح بقاء الاملاك بعد وجود اسبابها ٭
قوله ولو اعتق الحمل على مال بان قال لامته اعتقت ما في بطنك على الف درهم عليك فقبلت ثم ولدت لاقل من ستة اشهر فهو حر تيقنا بوجوده في البطن حين علق عتقه بقبولها وقد وجد منها القبول **قوله** على ما مر في الخلع المذكور في باب الخلع ان اشتراط بدل الخلع على الاجنبي يجوز ولم يذكر اشتراط بدل العتق على الاجنبي **قوله** وولد الامة من مولاها حر لانه مخلوق من مائه فيعتق عليه هذا هو الاصل اي الاصل ان يكون حكم الجزء حكم الكل ولا معارض له فيه اي للاب في هذا الاصل لان الامة تبع للمولى فيكون ماؤها تبعا له ايضا ولا معارضة بين التبع والاصل لعدم المساواة بخلاف ما اذا كانت منكوحة فان ماءها يكون معارضا لمائه فيصار الى الترجيح فيرجح ماؤها لان ماءه صار مستهلكا بمائها لان ماءها في موضعه وماؤه انتقل من موضعه والشيء في محله اقوى ٭

باب العبد يعتق بعضه

واذا اعتق المولى بعض عبده عتق ذلك القدر ويسعى في بقية قيمته لمولاه عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى وقالا يعتق كله واصله ان الاعتاق يتجزى عنده فيقتصر على ما اعتق وعندهما لا يتجزى وهو قول الشافعي رحمه الله فاضافته الى البعض كاضافته الى الكل فلهذا يعتق كله لهم ان الاعتاق اثبات العتق وهو قوة حكمية واثباتها بازالة ضدها وهو الرق الذي هو ضعف حكمي وهما لا يتجزيان وصار كالطلاق والعفو عن القصاص والاستيلاد

باب العبد يعتق بعضه

قوله واذا اعتق المولى بعض عبده عتق ذلك القدر اي زال الملك عن ذلك البعض ولم يرد به حقيقة العتق وانما اراد به ثبوت اثره وهو زوال الملك وقد نص عليه في المبسوط انه لا يعتق شيء منه باعتاق البعض ولا خلاف ان الرق والعتق لا يتجزيان وانما الخلاف في الاعتاق وقال صاحب الميزان في طريقته ان المعنى من قولنا الاعتاق يتجزى ليس هو ان ذات القول يتجزى او حكمه يتجزى بل معنى ذلك ان المحل في قبول حكم الاعتاق يتجزى فيتصور ثبوته في النصف دون النصف وحاصل الخلاف راجع الى ان اعتاق البعض هل يوجب زوال الرق عن الكل ام لا فعنده لا يوجب بل يبقى كل المحل رقيقا ولكن زال الملك بقدره وعندهما يوجب زوال الرق عن الكل **قوله** وعندهما لا يتجزى وهو قول الشافعي رحمه الله فقوله مثل قولهما فيما اذا كان المولى واحدا او كان المعتق موسرا اما اذا كان معسرا يبقى ملك الساكت كما كان حتى يجوز له ان يبيع ويهب عنده على ما يجيء في الكتاب.

ولأبي حنيفة رحمة الله تعالى عليه ان الاعتاق اثبات العتق بازالة الملك اوهو ازالة الملك لان الملك حقه والرق حق الشرع اوحق العامة وحكم التصرف ما يدخل تحت ولاية المتصرف وهو ازالة حقه لا حق غيره والاصل ان التصرف يقتصر على موضع الاضافة والتعدي الى ماوراءه ضرورة عدم التجزي والملك متجزى كما في البيع والهبة فيبقى على الاصل وتجب السعاية لاحتباس مالية البعض عند العبد

قوله ولابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه ان الاعتاق اثبات العتق بازالة الملك او هو ازالة للملك ووجه المغايرة هو ان في الوجه الاول يكون الاعتاق اثبات القوة بواسطة ازالة الملك فتكون ازالة الملك علة والاعتاق وهو اثبات القوة حكمها وفي الوجه الثاني تكون ازالة الملك عين الاعتاق **قوله** والرق حق الشرع لانه جزاء الاستنكاف فان الكفار لما استنكفوا عن عبادة الله تعالى جازاهم بان جعلهم عبيد عبيده والجزاء ما يجب لله تعالى على مقابلة فعل العبد فيكون حقه ولهذا سمي القطع جزاء لانه خالص حقه **قوله** اوحق العامة لان الغانمين يستغنمونه كما يستغنمون سائر الجمادات من الاموال فصار في حقهم بمنزلة الجماد ليصلوا الى الانتفاع بهم ويكون معونة لهم على اقامة التكاليف فلو جعلنا الاعتاق ازالة للرق قصدا لكان العبد مبطلا لحق الغير قصدا ولو جعلناه ازالة للملك قصدا وثبت في ضمنه زوال الرق وثبوت العتق لكان فيه ابطال حق الغير ضمنا والمرء لا يتمكن من ابطال حق الغير قصدا ويتمكن من ابطال حق نفسه قصدا ثم يبطل به حق غيره ضمنا الا ترى ان العبد المشترك اذا اعتق احدهما نصيب صاحبه لم يجز ولو اعتق نصيبه يتعدى الى نصيب صاحبه بالعتق والفساد ضمنا **قوله** وحكم التصرف ما يدخل تحت ولاية المتصرف وهو ازالة حقه لا حق غيره

والمستسعي بمنزلة المكاتب عنده لان الاضافة الى البعض توجب ثبوت المالكية في كله وبقاء الملك في بعضه يمنعه فعملنا بالدليلين بانزاله مكاتبا اذ هو مالك يدا لا رقبة والسعاية كبدل الكتابة فله ان يستسعيه وله خيار ان يعتقه لان المكاتب قابل للاعتاق غير انه اذا عجز لا يرد الى الرق لانه اسقاط لا الى احد فلا يقبل الفسخ بخلاف الكتابة المقصودة لانه عقد يقال ويفسخ وليس في الطلاق والعفو عن القصاص حالة متوسطة فاثبتناه في الكل ترجيحا للمحرم والاستيلاد متجزئ عنده حتى لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر عليه وفي القنة لما ضمن نصيب صاحبه بالافساد

والاصل ان حكم التصرف لا يكون متعديا عن محل التصرف الى محل آخر وانما يتعدى الى ما وراءه ضرورة عدم التجزي والملک متجزكما مر فيبقى على الاصل ه

قوله والمستسعي بمنزلة المكاتب عنده لان الاضافة الى البعض يوجب ثبوت المالكية في كله اي باعتبار العتق لانه لا يتجزى اولانه لما اسقط ملكه عن بعض العبد وجب ان تثبت للعبد ولاية في ذلك البعض ولا تثبت المالكية في ذلك البعض الا بثبوتها في الكل **قوله** لانه اسقاط لا الى احد لان الكتابة اسقاط يده الثابتة الى العبد بالعوض فيكون عينه باقيا فيمكن رده اليه بواسطة انعدام البدل المقابل بها ولا كذلك في فصل السعاية لان التصرف انما يثبت له بواسطة سقوط الملك في البعض وهو اسقاط لا الى احد فلا يبقى ذلك فلا يمكن القول برده **قوله** والاستيلاد متجزئ عنده جواب عن قولهم فصار كالطلاق والعفو عن القصاص والاستيلاد ه

ملكه بالضمان فكمل الاستيلاد واذا كان العبد بين شريكين فاعتق احدهما نصيبه عتق فان كان موسرا فشريكه بالخيار ان شاء اعتق وان شاء ضمن شريكه قيمة نصيبه وان شاء استسعى العبد فان ضمن رجع المعتق على العبد والولاء للمعتق وان اعتق او استسعى فالولاء بينهما وان كان المعتق معسرا فالشريك بالخيار ان شاء العتق وان شاء استسعى العبد والولاء بينهما في الوجهين وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ليس له الا الضمان مع اليسار والسعاية مع الاعسار ولا يرجع المعتق على العبد والولاء للمعتق وهذه المسئلة تبتني على حرفين احدهما تجزي الاعتاق وعدمه على مابيناه والثاني ان يسار المعتق لايمنع سعاية العبد عنده وعندهما يمنع لهما في الثاني قوله صلى الله عليه وسلم في الرجل يعتق نصيبه ان كان غنيا ضمن وان كان فقيرا سعى في حصة الآخر فسم والقسمة تنافي الشركة وله انه احتبست مالية نصيبه عند العبد فله ان يضمنه

قوله ملكه بالضمان وانما يملكها بدون رضاء الساكت لانه لما ثبت النسب تحققت العلة لثبوت العتق بها وعملت عملها في بعض المحل فتحققت الضرورة الى تملك نصيب صاحبه اذ العمل بالعلة في البعض دون البعض غير مشروع كمن استولى على مباح واراد ان يتملك البعض دون البعض وتملك مال الغير عند الضرورة ببدل يعدله جائز في حالة المخمصة وهذا بخلاف ما اذا استولدها بالنكاح لانه ثمه لم تعمل العلة في شيء منها وتأخر عمل العلة الى زمان وجود الشرط جائز **قوله** تبتني على حرفين والحرف الثاني يرجع الى الحرف الاول لان الاعتاق لما كان يتجزى لم يعتق نصيب الساكت وبقي مملوكا له لكن بصفة الفساد لايجوز بيعه ولا هبته وقد وجد جهتا الضمان من المعتق بالافساد بطريق التسبيب والثاني احتباس المالية في يد العبد

كما اذا هبت الريح في ثوب انسان والقته في صبغ غيره حتى انصبغ به فعلى صاحب الثوب قيمة صبغ الآخر موسرا كان او معسرا لما قلنا « فكذا هنا الا ان العبد فقير فيستسعيه

فيميل الساكت الى ايهما شاء وعندهما لما كان لا يتجزى عتق الكل فلا يتصور احتباس المالية في يد العبد غير ان المعتق ان كان موسرا فعليه الضمان وان كان معسرا فعليه السعاية بالنص ثم اختلفت الرواية عن ابي حنيفة رحمه الله في رواية اذا اختار العتق او السعاية علم انه هو الواجب من الاصل وعندهما الضمان هو الاصل وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا مات العبد او المعتق الموسر قبل التضمين او الاستسعاء فعلى الرواية الاولى له حق التضمين لان الضمان هو الاصل فلا يسقط بالموت كما في الغصب وعلى الرواية الثانية ليس له ذلك لان الضمان يثبت بشرط ملك المضمون وذلك لا يتصور بعد الموت وكذا لو مات العبد وترك اكسابا فعلى الرواية الاولى ليس له اخذ الاكساب بطريق السعاية لان الضمان هو الاصل فيكون استكسابا بعد الموت وذلك لا يجوز بعد موت العبد وعلى الرواية الثانية له ان يأخذ الاكساب لان الواجب احدهما فتبين ان الواجب من الاصل هو الاستسعاء فيكون اكتسابا قبل الموت وبموت المكاتب لا تبطل الكتابة فيأخذ الاكساب ؛

قوله كما اذا هبت الريح في ثوب انسان والقته في صبغ غيره حتى انصبغ به فعلى صاحب الثوب قيمة صبغ الآخر موسرا كان او معسرا لما قلنا اي احتبست ماليته عنده ؛ فان قيل هذا القياس وقع معارضا لحديث القسمة وهو قوله صلى الله عليه وسلم ان كان غنيا ضمن وان كان فقيرا سعى العبد وكل قياس هو مخالف للنص فهو مردود قلنا ذكر القسمة في الحديث بلفظ الشرط وهو يقتضي الوجود عند الوجود ولا يقتضي العدم عند العدم على اصلنا فجاز له ان يستسعي عند وجود الدليل وان كان موسرا وفائدة القسمة نفي الضمان لو كان فقيرا

قو

ثم المعتبر يسار التيسير وهو ان يملك من المال قدر قيمة نصيب الآخر لا يسار الغنى لان به يعتدل النظر من الجانبين بتحقيق ما قصده المعتق من القربة وايصال بدل حق الساكت اليه ثم التخريج على قولهما ظاهر فعدم رجوع المعتق بما ضمن على العبد لعدم السعاية عليه في حالة اليسار والولاء للمعتق لان العتق كله من جهته لعدم التجزي واما التخريج على قوله فخيار الاعتاق لقيام ملكه في الباقي اذ الاعتاق يتجزى عنده والتضمين لان المعتق جان عليه بافساد نصيبه حيث امتنع عليه البيع والهبة ونحو ذلك

قوله ثم المعتبر يسار التيسير وذكر في العيون وهو المختار ان الموسر في ضمان العتق من يملك ما يساوي نصف المعتق سوى المنزل والخادم ومتاع البيت وثياب الجسد وتعتبر قيمة العبد في الضمان والسعاية يوم الاعتاق فكذا حال المعتق في يساره واعساره وان قال اعتقت وانا معسر وقال الساكت بخلافه ونظر اليه يوم ظهر العتق كما في الاجارة اذا اختلفا في انقطاع الماء وجريانه واختيار الساكت في تضمين المعتق ابراء للعبد واختياره ان يقول اخترت ان اضمنك او يقول اعطني حقي وعن محمد رحمه الله ان يتراضيا على الضمان او يقضي به القاضي وفي الروايات كلها اذا اختار الاستسعاء لم يملك تضمين الشريك لانه ليس في الاستسعاء نقل الملك فلا يتوقف على قضاء ولا رضاء بخلاف التضمين ولو مات العبد قبل ان يختار الساكت شيئا فعن ابي حنيفة رحمه الله ليس له تضمين المعتق لان التضمين بشرط نقل الملك الى المعتق وقد فات النقل بالموت وفي المشهور عنه له التضمين لان الضمان تستند الى حالة الاعتاق كما في تضمين المتلفات وعندهما الضمان واجب ولو باع الساكت نصيبه من المعتق او وهب على عوض فالقياس ان يجوز كالتضمين وفي الاستحسان لا لان هذا تمليك للمال وهو غير محل له بخلاف التضمين فانه تضمين من وقت الافساد وهو محل له

مماسوى الاعتاق وتوابعه والاستسعاء لما بينا ويرجع المعتق بما ضمن على العبد لانه قام مقام الساكت باداء الضمان وقد كان له ذلك بالاستسعاء فكذلك للمعتق ولانه ملكه باداء الضمان ضمنا فيصير كان الكل له و قد اعتق بعضه فله ان يعتق الباقي او يستسعى ان شاء والولاء للمعتق في هذا الوجه لان العتق كله من جهته حيث ملكه باداء الضمان و في حال اعسار المعتق ان شاء اعتق لبقاء ملكه وان شاء استسعى لما بينا والولاء له في الوجهين لان العتق من جهته ولا يرجع المستسعي على المعتق بما ادى باجماع بيننا لانه يسعى لفكاك رقبته او لا يقضى دينا على المعتق اذ لا شيء عليه لعسرته بخلاف المرهون اذا اعتقه الراهن المعسر لانه يسعى في رقبة قد فكت او يقضي دينا على الراهن فلهذا يرجع عليه وقول الشافعي رحمه الله في الموسر كقولهما وقال في المعسر يبقى نصيب الساكت على ملكه يباع ويوهب لانه لا وجه الى تضمين الشريك لاعساره ولا الى السعاية لان العبد ليس بجان

قوله مماسوى الاعتاق وتوابعه مثل التدبير والاستيلاد **قوله** لما بينا اي احتبست مالية نصيبه **قوله** ولانه ملكه بالاداء ضمنا كما ينبغي ان لا يتملكه لانه مكاتب قال انما يملك ضمنا لاداء الضمان لا قصدا والضمنيات لا تعتبر وفي حال اعسار المعتق ان شاء اعتق وان شاء استسعى والولاء له اي في نصيبه **قوله** باجماع بيننا احترز به عن قول ابن ابي ليلى فان عنده يرجع العبد بماسعى على المعتق لانه يسعى لفكاك رقبته عند ابي حنيفة رحمه الله او لا يقضى دينا على المعتق على قولهما لانه حر مديون عندهما فيقضى دينا عليه لا على المعتق بخلاف المرهون اذا اعتقه الراهن المعسر حيث يرجع على المعتق باعتبار انه يسعى في رقبة قد فكت على قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى وباعتبار انه يقضى دين المعتق على قولهما وقول الشافعي رحمة الله تعالى عليه في الموسر كقولهما وقال في المعسر يبقى نصيب الساكت على ملكه يباع ويوهب وهذا يخالف النص وهو قوله عليه السلام من اعتق شقصا من عبد عتق كله ليس لله فيه

ولا راض به ولا الى اعتاق الكل للاضرار بالساكت فتعين ما عيناه قلنا الى الاستسعاء سبيل لانه لا يفتقر الى الجناية بل يبتني على احتباس المالية فلا يصار الى الجمع بين القوة الموجبة للمالكية والضعف السالب لها في شخص واحد

شريك وقوله صلى الله عليه وسلم في حديث آخر كلف عتق بقيته ولو بقي رقيقا كما كان لم يكلف عتق نفسه وقال ابن ابي ليلى اذا استسعى العبد يرجع على المعتق لانه الزمه هذه العهدة قصدا وقلنا هذا ضمان له بدل وهو حصول العتق له وكل ضمان له بدل لا يثبت الرجوع اولانه لم يلزمه هذه العهدة قصدا وانما يلزمه هذا في ضمن صحة تصرف المالك وكم من شيء يثبت ضمنا وان كان لا يجوز قصدا وقول زفر رحمه الله كقول ابن ابي ليلى رحمه الله الا ان عند زفر رحمه الله يرجع المعتق على العبد ايضا وعند ابن ابي ليلى رحمه الله لا يرجع المعتق على العبد لانه ضامن نصفه وقال ربيع وهو استاذ مالك رحمه الله اذا اعتق احد الشريكين لا يعتق اصلا كيلا يتضرر شريكه وقد قال عليه السلام لا ضرر ولا ضرار في الاسلام قلنا ان هذا النص مشترك الدلالة فانه لو لم ينفذ تصرفه في ملكه التام لتضرر به وروي ان ابا يوسف رحمه الله ناظر مع الربيع في هذه المسئلة فقال ارأيت لو رضي به صاحبه فتحيرا لربيع وانما تحير لانه لو قال جاز كان فيه ترك مذهبه ولو قال لم يجز لكان فيه ابطال علته وقال بشر رحمه الله يعتق كله كما قالا الا ان الضمان على المعتق موسرا كان او معسرا قياسا على اتلاف سائر الاموال ونحن تركنا القياس بالنص وهو قوله عليه السلام من اعتق شقصا من عبد بينه وبين غيره ان كان موسرا ضمن نصيب صاحبه والا سعى العبد غير مشقوق عليه اي على العبد وهذه المسئلة مسدسة لما فيها من الاقوال الستة *

قوله ولا راض به اي العبد غير راض بفعل الاعتاق لان الرضاء لا يتحقق الا بعد العلم والمولى متفرد بالاعتاق فلا يكون العبد عالما به فلا يكون راضيا

قال ولوشهد كل واحد من الشريكين على صاحبه بالعتق سعى العبد لكل واحد منهما في نصيبه موسرين كانا او معسرين عند ابي حنيفة رحمه الله وكذا اذا كان احدهما موسرا والآخر معسرا لان كل واحد منهما يزعم ان صاحبه اعتق نصيبه فصار مكاتبا في زعمه عنده وحرم عليه الاسترقاق فيصدق في حق نفسه فيمنع من استرقاقه ويستسعيه لانا تيقنا بحق الاستسعاء كاذبا كان اوصادقا لانه مكاتبه اومملوكه فلهذا يستسعيانه ولا يختلف ذلك باليسار والاعسار لان حقه في الحالين في احد شيئين لان يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وقد تعذر التضمين لانكار الشريك فتعين الآخر وهو السعاية والولاء لهما لان كلا منهما يقول عتق نصيب صاحبه عليه باعتاقه وولاؤه له وعتق نصيبي بالسعاية وولاؤه لي وقال ابويوسف ومحمد رحمهما الله ان كانا موسرين فلا سعاية عليه لان كل واحد منهما يتبرأ عن سعايته بدعوى الاعتاق على صاحبه لان يسار المعتق يمنع السعاية عندهما الا ان الدعوى لم تثبت لانكار الآخر والبراءة عن السعاية قد ثبتت لاقراره على نفسه وان كانا معسرين سعى لهما لان كل واحد منهما يدعي السعاية عليه صادقا كان اوكاذبا على ما بيناه اذ المعتق معسر وان كان احدهما موسرا والآخر معسرا سعى للموسر منهما لانه لا يدعي الضمان على صاحبه لاعساره وانما يدعي عليه السعاية ولا يتبرأ عنه ولا يسعى للمعسر لانه يدعي الضمان على صاحبه ليساره فيكون متبرئا

قوله ولوشهد كل واحد من الشريكين على صاحبه بالعتق سعى العبد لكل واحد منهما في نصيبه وهذا بعدان يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه لان كل واحد منهما يدعي العتق على صاحبه ووجوب الضمان له اوالسعاية على العبد وصاحبه ينكر فيحلف كل واحد منهما للآخر كذا في الايضاح **قوله** كاذبا كان اوصادقا لانه ان كان صادقا كان العبد بمنزلة المكاتب في حقه عند ابي حنيفة رح وان كان كاذبا كان العبد مملوكا له وايا ما كان فله ولاية استسعائه واستكسابه **قوله** ولا يختلف

للعبد عن السعاية والولاء موقوف في جميع ذلك عندهما لان كل واحد منهما يحيله على صاحبه وهو ينبرء عنه فيبقى موقوفا الى ان يتفقا على اعتاق احدهما

ولو قال احد الشريكين ان لم يدخل فلان هذه الدار غدا فهو حر وقال الآخر ان دخل فهو حر فمضى الغد ولا يدري دخل ام لا عتق النصف وسعى لهما في النصف وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يسعى في جميع قيمته لان المقضي عليه بسقوط السعاية مجهول ولا يمكن القضاء على المجهول فصار كما اذا قال لغيره لك على احدنا الف درهم فانه لا يقضى بشيء للجهالة كذا هذا ولهما انا تيقنا بسقوط نصف السعاية لان احدهما حانث بيقين ومع التيقن بسقوط النصف كيف يقضى بوجوب الكل والجهالة ترتفع بالشيوع والتوزيع كما اذا اعتق احد عبديه لا بعينه او بعينه ونسيه ومات قبل التذكر او البيان ويتأتى التفريع فيه على ان اليسار هل يمنع السعاية اولا يمنعها على الاختلاف الذي سبق ولو حلفا على عبدين كل واحد منهما لاحدهما لم يعتق واحد منهما لان المقضي عليه بالعتق مجهول وكذلك المقضي له فتفاحشت الجهالة فامتنع القضاء وفي العبد الواحد المقضي له والمقضي به معلوم فغلب المعلوم المجهول

ذلك باليسار والاعسار لان حقه حالتي اليسار والاعسار في احد الشيئين التضمين او السعاية ولا يمكن لكل واحد منهما تضمين الشريك لجحود الشريك الاعتاق من جهته فتعين السعاية ويكون الولاء بينهما لان كل واحد منهما يعترف ان نصف الولاء لصاحبه بالاعتاق والنصف له بالسعاية فيكون الامر في حقهما على ما اتفقا عليه ●

قوله ومع التيقن بسقوط النصف كيف يقضى بوجوب الكل وبه فارق الشهادة بالعتق فهناك لم يتيقن بسقوط شيء من السعاية عن العبد لجواز ان يكون كل واحد منهما كاذبا فيما يشهد به على صاحبه **قوله** والجهالة ترتفع

واذا اشترى الرجلان ابن احدهما عتق نصيب الاب لانه ملك شقص قريبه وشراه اعتاق على ما مر ولا ضمان عليه علم الآخر انه ابن شريكه اولم يعلم وكذا اذا ورثاه والشريك بالخيار ان شاء اعتق نصيبه وان شاء استسعى العبد وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا في الشراء يضمن الاب نصف قيمته ان كان موسرا وان كان معسرا سعى الابن في نصف قيمته لشريك ابيه وعلى هذا الخلاف اذا ملكاه بهبة اوصدقة او وصية وعلى هذا اذا اشتراه رجلان واحدهما قد حلف بعتقه ان اشترى نصفه لهما انه ابطل نصيب صاحبه بالاعتاق لان شراء القريب اعتاق وصار كما اذا كان العبد بين اجنبيين فاعتق احدهما نصيبه وله انه رضي بافساد نصيبه فلا يضمنه كما اذا اذن له باعتاق نصيبه صريحا و دلالة ذلك انه شاركه فيما هو علة العتق وهو الشراء لان شراء القريب اعتاق حتى يخرج به عن الكفارة عندنا

بالشيوع والتوزيع فان قيل في التوزيع فساد ايضا وهو اسقاط السعاية عن غير المعتق وايجابه للمعتق قلنا نعم لكن بطريق الضرورة فانا لو لم نقل بالتوزيع وقلنا بوجوب كل السعاية كما قال محمد رحمه الله كان فيه ابطال حق العبد من كل وجه ولو قلنا بالتوزيع كان فيه ابطال حق غير المعتق من وجه فكان التوزيع اولى •

قوله واذا اشترى الرجلان ابن احدهما عتق نصيب الاب اي زال ملكه عن حصته

قوله وكذا اذا ورثاه صورته امرأة اشترت ابن زوجها ثم ماتت المرأة عن اخ وزوج كان النصف للزوج يعتق عليه اوكان الرجلين ابن عم وله جارية فزوجها احدهما فولدت ولدا ثم مات ابن العم فورثاه عتق الولد على الاب او امرأة لها زوج واب ولها غلام وهو ابو زوجها فماتت هذه المرأة صار غلامها ميراثا بين زوجها وابيها

قوله وله انه رضي بافساد نصيبه فلا يضمنه كما اذا اذن له باعتاق نصيبه صريحا بان قال له اعتق نصيبك فانه لا ضمان له **قوله** ودلالة ذلك انه شاركه فيما هو علة العتق اي علة العتق

وهذا ضمان افساد في ظاهر قولهما حتى يختلف باليسار والاعسار فيسقط بالرضاء ولا يختلف الجواب بين العلم وعدمه وهو ظاهر الرواية عنه لان الحكم يدار على السبب كما اذا قال لغيره كل هذا الطعام وهو مملوك للآمر ولا يعلم الآمر بملكه

وان بدأ الاجنبي فاشترى نصفه ثم اشترى الاب نصفه الآخر وهو موسر فالاجنبي بالخيار ان شاء ضمن الاب لانه ما رضي بافساد نصيبه وان شاء استسعى الابن في نصف قيمته لاحتباس ماليته عنده وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله لان يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وقالا لا خيار له ويضمن الاب نصف قيمته لان يسار المعتق يمنع السعاية عندهما ومن اشترى نصف ابنه وهو موسر فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يضمن اذا كان موسرا

قوله وهذا ضمان افساد في ظاهر قولهما انما قيد بقوله في ظاهر قولهما لانه روي عن ابي يوسف رحمة الله تعالى عليه ان هذا ضمان تملك فلا يختلف باليسار والاعسار وعن ابي يوسف رحمة الله تعالى عليه في رواية ان ضمان الاعتاق ايضا ضمان تملك حتى لا يسقط حق الشريك في التضمين بالاذن **قوله** حتى يختلف باليسار والاعسار هذا ايضاح لقوله ضمان افساد اي ضمان افساد نصيب الساكت يكون ضمان التسبيب وذلك مبني على صفة التعدي فاذن يختلف باليسار والاعسار اذ الموسر متعد لانه يكون لاحراز ثواب الاعتاق ويمكن له ذلك بطريق آخر وهو اعتاق عبد غير مشترك فلا يكون مضطرا في ذلك المعسر مضطر اليه فلا يكون متعديا **قوله** ولا يختلف الجواب بين العلم وعدمه وهو ظاهر الرواية عنه وروى الحسن بن زياد عنه انه فرق بين العلم وعدمه لان رضاه لا يتحقق اذا لم يكن عالما به فان قيل لو قال احد الشريكين لآخر ان ضربت العبد اليوم سوطا فهو حر فضربه سوطا يضمن الحالف للضارب ان كان موسرا قلنا الضرب شرط والرضاء بالشرط لا يكون رضاء بالسبب وهنا

ومعناه اذا اشترى نصفه ممن يملك كله فلا يضمن لبائعه شيئا عنده والوجه قد ذكرناه واذا كان العبد بين ثلثة نفر فدبرا حدهم وهوموسرثم اعتقه الآخروهوموسرفارادوا الضمان فللساكت ان يضمن المدبرولا يضمن المعتق وللمدبران يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا ولا يضمنه الثلث الذي ضمن وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا العبد للذي دبره اول مرة ويضمن ثلثي قيمته لشريكيه موسرا كان اومعسرا واصل هذا ان التدبيريتجزى عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما كالاعتاق لانه شعبة من شعبه فيكون معتبرا به ولما كان متجزيا عنده اقتصر على نصيبه وقد افسد بالتدبير نصيب الآخرين فلكل واحد منهما ان يدبر نصيبه او يعتق اويكاتب اويضمن المدبرا ويستسعى العبد اويتركه على حاله لان نصيبه باق على ملكه فاسدابافساد شريكه حيث سد عليه طرق الانتفاع به بيعاوهبة على مامر فاذا اختاراحدهما العتق تعين حقه فيه وسقط اختياره غيره فتوجه للساكت سبباضمان تدبيرالمدبرواعتاق هذا المعتق غيران له ان يضمن المدبر ليكون الضمان ضمان معاوضة

رضي بالعيب حين شاركه في علة العتق وهوالشراء فان قيل الرضاء بالشرط من المرأة كالرضاء بالسبب في اسقاط حقها عن الارث فليكن في مسئلة الضرب كذلك قلنا الفرار يثبت بشبهة العدوان فيبطل بشبهة الرضاء بمباشرة الشرط وهذا الضمان وجب بحقيقة العدوان وهو الاتلاف والافساد فلم يبطل الا بحقيقة الرضاء صريحا اوبمباشرة العلة دون الشرط ٭

قوله ومعناه اذا اشترى نصفه ممن يملك كله قيد به لانه اذا اشترى من احد الشريكين نصيبه يضمن للآخر بالاجماع **قوله** والوجه قدذكرناه وهوما ذكرانه رضي بافساد نصيبه **قوله** فارادوا الضمان هذا على طريق التغليب حيث ذكر بلفظ الجمع والمعتق لايريد الضمان اصلا **قوله** فلكل واحدمنهما ان يدبرنصيبه اويعتق اويكاتب ومعنى ثبوت هذه

اذ هو الاصل حتى جعل الغصب ضمان معاوضة على اصلنا وامكن ذلك في التدبير لكونه قابلا للنقل من ملك الى ملك وقت التدبير ولا يمكن ذلك في الاعتاق لانه عند ذلك (مدبر) مكاتب او حر على اختلاف الاصلين ولابد من رضاء المكاتب بفسخه حتى يقبل الانتقال فلهذا فيضمن المدبر ثم للمدبر ان يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا لانه افسد عليه نصيبه مدبرا والضمان يتقدر بقيمة المتلف

الخيارات ان تصح منه هذه التصرفات ان فعل ما لا يؤدي له في الاعتاق والاستسعاء لما فيه من افساد نصيب الشريك لانه كان متمكنا من الانتفاع بنصيبه على ملكه الى وقت الموت وبعد الاعتاق والاستسعاء لا يتمكن فاذا اعتقه الآخر بقي هذه الخيارات للساكت. **قوله** اذ هو الاصل حتى جعل الغصب ضمان معاوضة عندنا الاصل في ضمان المال ثبوت الملك في المضمون تحقيقا للمعادلة حتى صح اقرار المأذون بالغصب فان قيل لو كان الغصب ضمان معاوضة لبطل القضاء بالضمان بالافتراق لا عن قبض فيما اذا غصب مدهن فضة فانكسر عنده وقضي عليه بقيمته من الدنانير وافترقا لا عن قبض ومع هذا لا يبطل القضاء قلنا الغصب ليس بموضوع لاثبات الملك وانما يثبت الملك ضرورة ان لا يجتمع البدل والمبدل في ملك رجل واحد فلا يظهر كونه معاوضة فيما عداه اذ الثابت ضرورة لا يعدو موضعها **قوله** لانه عند ذلك مدبر اي عند الاعتاق مدبر وفي بعض النسخ لانه عند ذلك مكاتب او حر على اختلاف الاصلين ولابد من رضاء المكاتب بفسخه وهذا غير صحيح لانه عند الاعتاق ليس بحر ولا مكاتب والمستسعى عند ابي حنيفة رحمه الله وان كان بمنزلة المكاتب لكنه لا ينفسخ هذه الكتابة بالعجز ولا بالتفاسخ وانما الصحيح عند الاعتاق مدبر فانه لا يقبل النقل من ملك الى ملك كذا نقل عن ابن المصنف وقيل المراد بقوله حر انه مدبر كني بالحرية عن التدبير لانه يفضي عليها

وقيمة المدبر ثلثا قيمته قنا على ما قالوا ولا يضمنه قيمة ما ملكه بالضمان من جهة الساكت لان ملكه يثبت مستند او هو ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر في حق التضمين والولاء بين المعتق والمدبر اثلاثا ثلثاه للمدبر والثلث للمعتق لان العبد عتق على ملكهما على هذا المقدار واذا لم يكن التدبير متجزيا عندهما صار كله مدبرا للمدبر وقد افسد نصيب شريكيه لما بينا فيضمنه ولا يختلف باليسار والاعسار لانه ضمان تملك فاشبه الاستيلاد بخلاف الاعتاق لانه ضمان جناية والولاء كله للمدبر وهذا ظاهر قال واذا كانت جارية بين رجلين زعم احدهما انها ام ولد لصاحبه وانكر الآخر

قوله وقيمة المدبر ثلثا قيمته قنا على ما قالوا فيه اشارة الى ان فيه اختلافا قال بعضهم قيمته نصف قيمة القن وقال بعضهم قيمته قيمة الخدمة ينظر بكم يستخدم هو مدة عمره من حيث الحزر والظن **قوله** ولا يضمنه قيمة ما ملكه بالضمان من جهة الساكت لان الاعتاق وجد قبل تملك المدبر نصيب الساكت ولكنه يستسعى العبد في ذلك ولو ضمن الساكت المدبر نصيبه ثم اعتقه الثاني كان للمدبر ان يضمن المعتق ثلثي قيمته ثلثه مدبرا وثلثه قنا لان الاعتاق وجد بعد تملك المدبر نصيب الساكت فله ان يضمن كل ثلث نصيبه ويرجع المعتق على العبد بما ضمنه للمدبر وانما يضمن اذا كان موسرا لانه ضمان الاعتاق وانه يختلف باليسار والاعسار فان قيل المضارب بالنصف اذا اشترى برأس المال وهو الف عبدين قيمة كل الف فاعتقهما رب المال عتقا وضمن نصيب المضارب موسرا كان او معسرا وهذا ضمان عتق ومع هذا لا يختلف قلنا هذا ضمان اعتاق هو افساد لا ضمان سراية الفساد والاصل ان فساد الملك متى كان بطريق السراية كالعبد المشترك اذا اعتق احدهما نصيبه يختلف الضمان باليسار والاعسار ثم الضمان يجب بافساد الملك لان الاعتاق صادف كل واحد منهما ملكا لرب المال لا شتغاله برأس المال غير انه انما يضمن للمضارب لتعلق حق المضارب بمالية ربع كل واحد من العبدين **قوله** هو ثابت من وجه

فهي موقوفة يوما و يوما تخدم المنكر عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى وقالا ان شاء المنكر استسعى الجارية في نصف قيمتها ثم تكون حرة لا سبيل عليها لهما انه لما لم يصدقه صاحبه انقلب اقرارا المقر عليه كانه استولدها فصار كما اذا اقر المشتري على البائع انه اعتق المبيع قبل البيع يجعل كانه اعتق كذا هذا فتمتنع الخدمة ونصيب المنكر على ملكه في الحكم فيخرج الى الاعتاق بالسعاية كام ولد النصراني اذا اسلمت ولابي حنيفة رحمه الله ان المقر لو صدق كانت الخدمة كلها للمنكر ولو كذب كان له نصف الخدمة فيثبت ماهو المتيقن به وهو النصف ولا خدمة للشريك الشاهد ولا استسعاء لانه يتبرء عن جميع ذلك بدعوى الاستيلاد والضمان والاقرار بامومية الولد يتضمن الاقرار بالنسب وهذا امر لازم ولا يرتد بالرد فلا يمكن ان يجعل المقر كالمستولد

وان كانت ام ولد بينهما فاعتقها احدهما وهو موسر فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يضمن نصف قيمتها لان مالية ام الولد غير متقومة عنده ومتقومة عندهما

دون وجه لانه من حيث انه ثبت ابتداء عند اداء الضمان لم يكن ثابتا قبله ومن حيث انه مستند الى سبب وجوب الضمان يكون ثابتا قبل اداء الضمان فيكون ثابتا من وجه دون وجه فيظهر في حق الضمان والمضمون له دون غيرهما لما عرف ان الثابت بالضرورة يتقدر بقدرها ٭

قوله فهي موقوفة يوما اي عن خدمة سيدها ويكتسب فيه ما ينفق على نفسها **قوله** ثم تكون حرة لا سبيل عليها لانها لما ادت النصف عتق النصف فعتق الكل عندهما ضرورة عدم التجزي **قوله** كام ولد النصراني اذا اسلمت فانها تقوم قيمة عدل وتسعى في قيمتها لتعذر ابقائها في ملك المولى ويده بعد اسلامها واصراره على الكفر فيخرج الى الحرية بالسعاية **قوله** فلا يمكن ان يجعل المقر كالمستولد جواب لابي حنيفة رحمه الله عن قولهما

وعلى هذا الاصل تبتني عدة من المسائل اوردناها في كفاية المنتهي

انقلب اقرارا لمقر عليه كانه استولدها يريد به انه لا يجعل المقر كالمستولد حتى يستسعيها المنكر والاستسعاء للاخراج عن الرق عند تعذر استدامة الرق فيها ولم يوجد هنا فالمقر يزعم انها ام ولد صاحبه فله ان يستديم الملك الى موته والمنكر يزعم انها فيه مشتركة بهما بخلاف ما اذا شهد احدهما على صاحبه بالعتق ففي زعم المقر تعذر استدامة الملك فيها وليس للمقر ان يستخدمها لانه يزعم انها ام ولد الغير ولا ان يستسعيها لانه بدعوى الاستيلاد يدعي ضمان التملك ويتبرأ عن السعاية وان مات المنكر عتقت لاقرار المقر انها كانت ام ولده وقد عتقت بموته وزعم المنكر انها مشتركة وان اقرار الشريك فيها نافذ ثم يسعى في نصف قيمتها لورثة المنكر

قوله وعلى هذا الاصل اي اصل ان ام الولد لا تتقوم عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما تتقوم تبتني عدة من المسائل منها اذا مات احدهما حتى عتقت لم يسع للآخر عنده وعندهما يسعى ومنها انها اذا ولدت فادعاه احدهما يثبت نسبه منه ولا شيء لشريكه عليه من الضمان ولا سعاية على الولد عنده وعندهما يضمن نصيب شريكه ان كان موسرا وسعى الولد في نصف قيمته ان كان معسرا ومنها امة حبلى بيعت فولدت لاقل من ستة اشهر بعد البيع ثم ماتت الام عند المشتري فادعى البائع الولد صح وعلى البائع ان يرد جميع الثمن ولم يكن له ان يحبس بازاء الام شيئا عنده وعندهما يحبس ما يخصها من الثمن ومنها اذا غصب ام ولد فهلكت عنده لم يضمن شيئا عنده خلافا لهما وذكر محمد رح في الرقيات ان عند ابي حنيفة رحمه الله ام الولد يضمن بالغصب على نحو ما يضمن الصبي الحر حتى لو ماتت حتف انفها لم يضمن الغاصب ولو قربها الى مسبعة فافترسها السبع يضمن لان هذا ضمان الجناية لا ضمان الغصب الا ترى انه يضمن الصبي الحر

وجه قولهما انها منتفع بها وطئا واجارة واستخداما وهذا هو دلالة التقوم وبامتناع بيعها لا يسقط تقومها كما في المدبر الا ترى ان ام ولد النصراني اذا اسلمت عليها السعاية وهذا آية التقوم غير ان قيمتها ثلث قيمتها قنة على ما قالوا لفوات منفعة البيع والسعاية بعد الموت بخلاف المدبر لان الفائت منفعة البيع اما السعاية والاستخدام فباقيان ولابي حنيفة رحمه الله تعالى ان التقوم بالاحراز وهي محرزة للنسب لا للتقوم والاحراز للتقوم تابع ولهذا لا يسعى لغريم ولا للوارث بخلاف المدبر وهذا لان السبب فيها متحقق في الحال وهو الجزئية الثابتة بواسطة الولد على ما عرف في حرمة المصاهرة الا انه لم يظهر عمله في حق الملك ضرورة الانتفاع فعمل السبب في اسقاط التقوم

بمثله والذي يوضح كلام ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه ان الباقي للمولى على ام ولده ملك الخدمة والمتعة وملك المتعة والمنفعة لا يضمن بالاتلاف ولا بالغصب بخلاف المدبرة فالباقي عليها ملك المالية حتى يقضي دينه من ماليتها بعد موته والمال يضمن بالاتلاف كذا في المبسوط ٠

قوله وجه قولهما انها منتفع بها وطئا واجارة واستخداما وهذا هو دلالة التقوم لان الوطئ لا يستباح الا بملك النكاح او اليمين ولم يوجد الاول فتعين الثاني وبقاء الملك آية بقاء المالية والتقوم اذ المملوكية في الادمي ليست غير المالية والتقوم وحق الحرية لا ينافي التقوم اذ هو عبارة عن استحقاق لا يرد عليه الابطال بالبيع ولا ينافي بينه وبين التقوم **قوله** ولابي حنيفة رحمه الله تعالى ان التقوم بالاحراز وهي محرزة للنسب لا للتقوم لان الآدمي ليس بمال متقوم في الاصل لانه مخلوق ليكون مالكا للمال لا ليصير مالا ولكن متى صح احرازه على قصد التمول صار مالا متقوما فيثبت به ملك المتعة تبعا واذا حصنها واستولدها ظهر ان احرازه لها كان لملك المتعة لا لقصد التمول

وفي المدبر ينعقد السبب بعد الموت وامتناع البيع فيه لتحقيق مقصوده فافترقا وفي ام ولد النصراني فقضينا بتكاتبها عليه دفعا للضرر من الجانبين وبدل الكتابة لا يفتقر وجوبه الى التقوم •

فصار في صفة المالية كان الاحراز لم يوجد اصلا فلا يكون ما لا متقوما وقوله والاحراز للتقوم تابع للاحراز للنسب فكانت محرزة احراز المنكوحات لا احراز المملوكات فلا يعتبر الاحراز للتقوم •

قوله وفي المدبر ينعقد السبب بعد الموت هذا يناقض ما ذكر في التدبير من قوله ثم جعله سببا في الحال اولى لوجوده في الحال وعدمه بعد الموت ولان ما بعد الموت حال بطلان اهلية التصرف فلا يمكن تأخيرا لسببية الى زمان بطلان الاهلية ويمكن ان يقال الاصل ان المعلق سبب عند وجود الشرط والتدبير تعليق العتق بالموت فكان امتناع البيع والهبة ضرورة تحقيق مقصود المدبر وينعقد سببا للحرية عند الموت كما في سائر التعليقات ولهذا اعتبر من الثلث بعد قضاء الديون فظهر ان المراد من قوله وفي المدبر ينعقد السبب بعد الموت اي في حق سقوط التقوم وثبوت الحرية ويدل عليه انه اخرج هذا الكلام بمقابلة ام الولد ومن قوله في باب التدبير جعله سببا للحال اولى في حق امتناع البيع والهبة فيرتفع التناقض **قوله** فقضينا بتكاتبها اي جعلناها هذا في معنى المكاتبة دفعا للضرر من الجانبين من جانب ام الولد ومن جانب النصراني وبدل الكتابة لا يفتقر وجوبه الى التقوم لانه مقابل بفك الحجر وفك الحجر غير متقوم لانه اسقاط اولان ملكه فيها محترم وان لم يكن متقوما وقد احتبس عندها المعنى من جهتها فيكون مضمونا عليها عند الاحتباس وان لم يكن مالا متقوما كالقصاص فانه ليس بمال متقوم ثم اذا احتبس نصيب احد الشريكين عند القابل يلزمه بدله اويقال ان الذمي يعتقد فيها المالية والتقوم ويحرزها لذلك لانه يعتقد جواز بيعها وانما بني في حقهم الحكم على اعتقادهم كما في مالية الخمر والله اعلم بالصواب •

باب عتق احد العبدين

ومن كان له ثلثة اعبد دخل عليه اثنان فقال احدكما حرثم خرج واحد ودخل آخر فقال احدكما حرثم مات ولم يبين عتق من الذي اعيد عليه القول ثلثة ارباعه ونصف كل واحد من الآخرين عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله تعالى عليه وقال محمد رحمة الله تعالى عليه كذلك الا في العبد الاخير فانه يعتق ربعه اما الخارج فلان الايجاب الاول دائربينه وبين الثابت وهو الذي اعيد عليه القول فاوجب عتق رقبة بينهما لاستوائهما فيصيب كلا منهما النصف غيران الثابت استفاد بالايجاب الثاني ربعاآخرلان الثاني دائربينه وبين الداخل فيتنصف بينهما غيران الثابت استحق نصف الحرية بالايجاب الاول فشاع النصف المستحق بالثاني في نصفيه

باب عتق احد العبدين

قوله ثم مات ولم يبين ومادام حيا يؤمر بالبيان لان الابهام منه فان عني بالكلام الاول الثابت عتق الثابت وبطل الكلام الثاني لانه عتق دائربين الحر والعبد فان قيل العتق المبهم معلق بشرط البيان ولهذا كان للبيان حكم الانشاء فلا يصير جامعا بين الحر والعبد فينبغي ان لايبطل الايجاب الثاني قلنا العتق المبهم وان كان معلقا بشرط البيان الا ان البيان انشاء من وجه اظهار من وجه فالنظر الى كون البيان انشاء يقتضي ان لايبطل الاعتاق الثاني فيفيد العتق في الداخل والنظر الى كونه اظهارا يقتضي ان يبطل والعتق في الداخل لم يكن فلا يثبت بالشك فبطل الايجاب الثاني وان عني بالكلام الاول الخارج عتق الخارج بالكلام الاول ويؤمر ببيان الكلام الثاني لصحته لكونه دائرا بين العبدين هذا اذا بدء بالكلام الاول فان بدء بالكلام الثاني وقال عنيت به الثابت عتق الخارج بالكلام الاول

فما اصاب المستحق بالاول لغو وما اصاب الفارغ بقي فيكون له الربع فتمت له ثلثة الارباع ولانه لو اريد هو بالثاني يعتق نصفه ولو اريد به الداخل لا يعتق هذا النصف فيتنصف فيعتق منه الربع بالثاني والنصف بالاول واما الداخل فمحمد رحمه الله تعالى يقول لما دار الايجاب الثاني بينه وبين الثابت وقد اصاب الثابت منه الربع فكذلك نصيب الداخل وهما يقولان انه دار بينهما وقضيته التنصيف وانما نزل الى الربع في حق الثابت لاستحقاقه النصف بالايجاب الاول كما ذكرنا ولا استحقاق للداخل من قبل فيثبت فيه النصف

لان الكلام الاول كان دائرا بينهما فاذا اعتق الثابت بالكلام الثاني يعتق الخارج بالكلام الاول ولا يبطل الايجاب الاول لان حال وجود الايجاب الاول كانا رقيقين بيقين لان العتق على الثابت انما يقع بالايجاب الثاني بعد وجود الايجاب الاول بخلاف المسئلة الاولى وان قال عنيت بالكلام الثاني الداخل عتق الداخل ويؤمر ببيان الكلام الاول فان لم يبين المولى شيئا ومات احدهم فالموت بيان ايضا فان مات الخارج تعين الثابت بالايجاب الاول لزوال المزاحم وبطل الايجاب الثاني وان مات الثابت تعين الخارج بالايجاب الاول والداخل بالايجاب الثاني لان الثابت يزاحمهما ولم يبق وان مات الداخل خير في الايجاب الاول فان عني به الخارج تعين الثابت بالايجاب الثاني وان عني به الثابت بطل الايجاب الثاني لما مر فان لم يمت واحد منهم ولكن مات المولى قبل البيان شاع العتق بينهم على اعتبار الاحوال فان قيل ينبغي ان يعتق كل واحد ولا يسعى في شيء خرجوا من الثلث اولا عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله لان الاعتاق عندهما لا يتجزى فاذا ثبت في بعضه ثبت في كله قلنا الاعتاق عندهما لا يتجزى لانه صادف محلا معلوما اما اذا ثبت بطريق التوزع باعتبار الاحوال فلا لانه حينئذ ثبت ضرورة والثابت بها ينقدر بقدرها ولا يعدو موضعها

قوله فما اصاب المستحق بالاول لغا فان قيل لم لا ينصرف ما اصاب الثابت من

في

قال فان كان القول منه في المرض قسم الثلث على هذا وشرح ذلك ان يجمع بين سهام العتق وهي سبعة على قولهما لانا نجعل كل رقبة على اربعة لحاجتنا الى ثلثة الارباع فنقول يعتق من الثابت ثلثة اسهم ومن الآخرين من كل واحد منهما سهمان فبلغ سهام العتق سبعة والعتق في مرض الموت وصية ومحل نفاذها الثلث فلابد ان يجعل سهام الورثة ضعف ذلك فنجعل كل رقبة على سبعة وجميع المال احد وعشرون فيعتق من الثابت ثلثة ويسعى في اربعة ومن الباقيين من كل واحد سهمان ويسعى في خمسة فاذا تأملت وجمعت استقام الثلث والثلثان وعند محمد رحمه الله تعالى يجعل كل رقبة على ستة لانه يعتق من الداخل عنده سهم فنقصت سهام العتق بسهم وصار جميع المال ثمانية عشر وباقي التخريج مامر ولو كان هذا في الطلاق وهن غير مدخولات ومات الزوج قبل البيان سقط من مهر الخارجة ربعه ومن مهر الثابتة ثلثة اثمانه ومن مهر الداخلة ثمنه قيل هذا قول محمد رحمة الله تعالى عليه خاصة وعندهما يسقط ربعه وقيل هو قولهما ايضا وقد ذكرنا الفرق وتمام تفريعاتها في الزيادات

الايجاب الثاني الى نصفه الفارغ تصحيحا للتصرف بقدر الامكان كما في عقد الصرف قلنا لو لم يصرف الجنس في عقد الصرف الى خلافه يلزم بطلان اصل العقد وهنا ان لم يصرف العتق الى نصفه الفارغ لم يبطل اصل الاعتاق ولان مقصود العاقدين تصحيح تصرفهما ثمه وهنا جاز ان يكون المراد من الايجاب الثاني الا خبار لا الانشاء على اعتبار ان يكون المراد بالاول هو الثابت فاذا لم يتيقن بكونه قاصدا للانشاء في الايجاب الثاني جرينا على قضية شيوع الكلام *

قوله وقيل هو قولهما ايضا وقد ذكرنا الفرق وتمام تفريعاتها في الزيادات والفرق واضح على اصل ابي حنيفة رحمه الله لان الاعتاق عنده يتجزى فكان الرق ثابتا في الثابت فصح

ومن قال لعبديه احدكما حر نباع احدهما اومات اوقال له انت حر بعد موتي عتق الاخرلانه لم يبق محلا للعتق اصلا بالموت وللعتق من جهته بالبيع وللعتق من كل وجه بالتدبيرفتعين الآخرولانه بالبيع قصدالوصول الى الثمن وبالتدبير ابقاء الانتفاع الى موته والمقصود ان ينافيان العتق الملتزم فتعين له الآخردلالة

الايجاب الثاني من كل وجه كما مرواما الطلاق فلايتجزى فاذا اصابها جزء من الطلاق صارت مطلقة فكان جامعا بين مطلقة وغيرمطلقة قالاحد نكما طالق فلايصح انشاء لوقوعه اخبارافلم يصح الايجاب الثاني بكل حال ولان العتق المبهم معلق بشرط البيان فلايكون الايجاب الثاني مترددا بين الصحة والبطلان واما الطلاق في حق البراءة عن المهرلا يقبل التعليق بالشرط فيكون الايجاب الاول في حق هذا الحكم وهوالبراءة عن المهر مترددا بين الصحة والبطلان فنزل حكمه وهوسقوط نصف المهرلكان التردد الى الربع موزعا على الثابتةوالداخلةفيفيدسقوط الثمن من مهر كل واحدمنهما والفرق لابي يوسف رحمة الله تعالى عليه انه يوجد شخص متردد الحال بين الحرية والرق ويكون محلالانشاء العتق وهوالمكاتب والثابت بهذه المثابة لتردد حاله بين الرق والعتق فيكون محلاللايجاب الثاني فامكن تصحيح الكلام الثاني من هذا الوجه بكل حال فاما في الطلاق فلا يوجد شخص متردد الحال بين ان يكون مطلقة اومنكوحة ثم يصح ايقاع الطلاق عليها فلاوجه لتصحيح الكلام الثاني من كل وجه فقلناان صح سقط به نصف المهروان لم يصح لم يسقط به شيء فيسقط به ربع المهرثم يتردد هذا الربع بين الداخلة والثابتة فيصيب الداخلة نصف الربع وهوالثمن فلهذا سقط ثمن مهرها ولايقال المعدة مترددة الحال لان هذا طلاق قبل الدخول فلا يوجب العدة واما حكم الميراث فللداخلة نصفه والنصف بين الخارجة والثابتة نصفان لان الداخلة

وكذا اذا استولد احدهما للمعنيين ولافرق بين البيع الصحيح والفاسد مع القبض وبدونه والمطلق وبشرط الخيار لاحد المتعاقدين لاطلاق جواب الكتاب والمعنى ما قلنا والعرض على البيع ملحق به فى المحفوظ عن ابي يوسف رح والهبة والتسليم والصدقة والتسليم بمنزلة البيع لانه تمليك وكذلك لو قال لامرأتيه احدىكما طالق ثم ماتت احدىهما

وارثة بيقين ولا يزاحمها الا امرأة واحدة لان احد الاخريين مطلقة بيقين بالايجاب الاول وهذا لانه ان اريد بالايجاب الاول الثابتة بطل الايجاب الثاني فكانت الداخلة وارثة وان اريد بالايجاب الاول الخارجة فالايجاب الثاني دائر بين الثابتة والداخلة وليست احدىهما اولى من الاخرى فينتصف الارث بينهما فكيف ما كان فالداخلة وارثة ولا تزاحمها الا امرأة فالنصف لها والنصف الآخر بين الآخرين نصفان وعلى كل واحدة منهما عدة الوفاة احتياطا لاحتمال كونها منكوحة ولا تتصور عدة الطلاق لعدم الدخول ه

قوله وكذا استولد احدىهما بان وطيء احدىهما فعلقت منه لانها صارت ام ولد له فمن ضرورة صحة امومية الولد واستحقاق العتق انتفاء العتق المنجز عنها واذا انتفى عن احدىهما تعين فى الاخرى لزوال المزاحمة **قوله** للمعنيين احدهما انه لم يبق محلا للاعتاق من كل وجه والثاني انه قصد الابقاء على ملكه الى زمان الموت **قوله** والمعنى ما قلنا اي من قصده الوصول الى الثمن **قوله** فى المحفوظ عن ابي يوسف رحمه الله اي سمع منه ولم يكتب عنه في الرواية فان قيل لو قال احد هذين ابني او احدى هاتين ام ولدي فمات احدهما لم يتعين القائم عتقا والاستيلاد قلنا لانه اخبار عن امر سابق والاخبار يصح فى الحي والميت بخلاف البيان لانه في حكم الانشاء فلا يصح الا فى الحي فان قيل لو اشترى احد العبدين وسمى لكل واحد ثمنا وشرط الخيار لنفسه ثم مات احدهما تعين البيع فى الهالك وهنا تعين العتق فى القائم

انا وكذا الوطئ احدهما لما نبين ولو قال لامتيه احدكما حرة ثم جامع احدهما لم تعتق الاخرى عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا تعتق لان الوطئ لايحل الا في الملك واحدهما حرة فكان بالوطئ مستبقيا الملك في الموطوءة فتعينت الاخرى لزواله بالعتق كما في الطلاق وله ان الملك قائم في الموطوءة لان الايقاع في المنكرة وهي معينة فكان وطئها حلالا فلا يجعل بيانا ولهذا حل وطئها على مذهبه الا انه لا يفتى به ثم يقال العتق غير نازل قبل البيان لتعلقه به او يقال نازل في المنكرة فيظهر في حق حكم يقبله والوطئ يصادف المعينة بخلاف الطلاق لان المقصود الاصلي من النكاح الولد وقصد الولد بالوطئ يدل على استبقاء الملك في الموطوءة صيانة للولد اما الامة فالمقصود من وطئها قضاء الشهوة دون الولد فلا يدل على الاستبقاء

قلنا لا فرق بينهما اذ الهالك يهلك على ملكه في الفصلين ولانه حين اشرف احدهما على الهلاك تعين البيع فيه لتعذر رده كما قبض وانما يتعين للبيع وهو حي وهنا لو تعين العتق فيه لتعين بعد الموت لانه بالاشراف على الهلاك لا يخرج عن محلية العتق وبعد الموت هو ليس بمحل للعتق فتعين في القائم ضرورة والكتابة وتعليق عتق احدهما بالشرط كالتدبير والرهن والايصاء والاجارة والتزويج والعرض على البيع كالبيع فان قيل الاجارة لا تختص بالملك بدليل جواز اجارة الاحرار قلنا الاجارة على وجه يستحق الاجر لا تكون الا بالملك فتكون تعينا دلالة وذكر التسليم في الهبة والصدقة وقع اتفاقا نص عليه في المحيط والايضاح ٠

قوله لما قلنا اي لم يبق محلا للطلاق **قوله** ثم يقال العتق غير نازل الخ هذا البيان مادعاه من حل الوطئ لان الحل كان ثابتا فلو زال انما يزول بالعتق والعتق المبهم معلق بالشرط البيان ولهذا المعنى لو قال لعبديه احدكما حر ثم شجا فاوقع العتق على احدهما كان ارشهما للمولى اويقال ان كان نازلا انما ينزل في المنكرة **قوله** فيظهر في حق

ومن قال لامته ان كان اول ولد تلدينه غلاما فانت حرة فولدت غلاما وجارية ولا يدرى ايهما ولد اولا عتق نصف الام ونصف الجارية والغلام عبد لان كل واحدة منهما تعتق في حال وهو ما اذا ولدت الغلام اول مرة الام بالشرط والجارية لكونها تبعا لها اذ الام حرة حين ولدتها وترق في حال وهو ما اذا ولدت الجارية اولا لعدم الشرط فيعتق نصف كل واحدة وتسعى في النصف اما الغلام يرق في الحالين فلهذا يكون عبدا وان ادعت الام ان الغلام هو المولود اولا وانكر المولى والجارية صغيرة فالقول قوله مع اليمين لانكاره شرط العتق فان حلف لم يعتق واحد منهم وان نكل عتقت الام والجارية لان دعوى الام حرية الصغيرة معتبرة لكونها نفعا محضا فاعتبر النكول في حق حريتهما فعتقتا ولو كانت الجارية كبيرة ولم تدع شيئا والمسئلة بحالها عتقت الام بنكول المولى خاصة دون الجارية لان دعوى الام غير معتبرة في حق الجارية الكبيرة وصحة النكول تبتني على الدعوى فلم يظهر في حق الجارية ولو كانت الجارية الكبيرة هي المدعية لسبق ولادة الغلام والام ساكتة يثبت عتق الجارية بنكول المولى دون الام لما قلنا والتحليف على العلم فيما ذكرنا لانه استحلاف على فعل الغير

حكمه يقبله كالبيع فان المنكر يقبل البيع بان اشترى احد العبدين على ان المشتري بالخيار فيهما يصح واما المنكرة فلا يقبل الوطئ لانه امر حسي فلا يقع في غير المعين فلا يمكن وطئ غير المعينة لذلك فلا يكون الوطئ بيانا في الاخرى بخلاف الطلاق فان بوطئ احديهما في باب الطلاق يأتي بما هو المعظم من المقاصد في باب النكاح فيصير بيانا كما لو باع احديهما فيما نحن فيه لانه اتى بالبيع بما هو المعظم من المقاصد في ملك اليمين والوطئ في ملك اليمين ليس من معظم المقاصد الا ترى ان شرى المجوسية وشرى من يحرم عليه وطئها برضاع او صهرية يجوز بخلاف النكاح ٭

قوله ومن قال لامته ان كان اول ولد تلدينه غلاما الى ان قال عتق نصف الام ونصف

وبهذا القدر يعرف ماذكرنا من الوجوه في كفاية المنتهي **قال** واذا شهد رجلان على رجل انه اعتق احد عبديه فالشهادة باطلة عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى الا ان يكون في وصية استحسانا ذكره في العتاق وان شهدا انه طلق احدى نسائه جازت الشهادة ويجبر على ان يطلق احديهن وهذا بالاجماع وقال ابويوسف ومحمد رحمهما الله تعالى الشهادة في العتق مثل ذلك واصل هذا ان الشهادة على عتق لا تقبل من غير دعوى عند ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه وعندهما تقبل

الجارية وقال في المبسوط وذكر محمد رحمة الله تعالى عليه في الكيسانيات وهذا الجواب الذي ذكر ليس جواب هذا الفصل بل في هذا الفصل لا يحكم بعتق واحد منهم ولكن يحلف المولى بالله مايعلم انها ولدت الغلام اولا فان نكل عن اليمين فنكوله كاقراره وان حلف فهم ارقاء واما جواب الكتاب ففي فصل آخر وهو ما اذا قال المولى لامته اذا كان اول ولد تلدينه غلاما فانت حرة وان كانت جارية فهي حرة فولدتهما جميعا ولا يدرى ايهما اول فالغلام رقيق والابنة حرة ويعتق نصف الام لانها ان ولدت الغلام اولا فهي حرة والغلام رقيق وان ولدت الجارية اولا فالجارية حرة والغلام والام رقيقان والام يعتق في حال دون حال فيعتق نصفها والغلام عبد بيقين والجارية حرة بيقين امابعتق نفسها او بعتق الام ؞

قوله وبهذا القدر يعرف ماذكرنا من الوجوه في كفاية المنتهي وجميع الوجوه ستة احدها ان يتصادقوا انهم لا يدرون ايهما اول وجواب الكتاب انه يعتق نصف الام ونصف الجارية باعتبار الاحوال والثاني ان تدعى الام ان الغلام وانكر المولى ذلك وقال الجارية هي الاولى والجارية صغيرة والجواب ان القول قول المولى مع يمينه لما ذكر في الكتاب والثالث ان يتصادقوا ان الغلام اول والجواب انه اعتقت الام والبنت ورق الغلام لانه لا حظ له من العتاق في عموم

والشهادة على عتق الامة وطلاق المنكوحة مقبول من غير دعوى بالاتفاق والمسئلة معرونة واذا كان دعوى العبد شرطا عنده لم تتحقق في مسئلة الكتاب لان الدعوى من المجهول لا تتحقق فلا تقبل الشهادة وعندهما ليس بشرط فتقبل الشهادة وان انعدم الدعوى اما في الطلاق فعدم الدعوى لايوجب خللا في الشهادة لانها ليست بشرط فيها ولو شهدا انه اعتق احدى امتيه لا تقبل عند ابي حنيفة رحمه الله وان لم تكن الدعوى شرطا فيه لانه انما لا تشترط الدعوى لما انه يتضمن تحريم الفرج فشابه الطلاق

الاحوال والرابع ان يتصادقوا ان الجارية هي الاولى والجواب انهم ارقاء والخامس ان تدعى الام ان الغلام اول ولم يدع الجارية شيئا وهي كبيرة والجواب انه حلف المولى فان حلف لم يثبت شيء وان نكل عتقت الام دون البنت لان النكول حجة ضرورية والسادس ان تدعي البنت دون الام فالجواب على عكس هذا .

قوله والشهادة على عتق الامة اي الامة المعينة وطلاق المنكوحة مقبول من غير دعوى بالاتفاق **قوله** لان الدعوى من المجهول لاتتحقق وذلك لانا لو صورنا دعوى احدهما من غير تعيين كانت الدعوى من المجهول وهي لاتصح وكذا اذا ادعيا ايضا لاتصح لانهما معينان وصاحب الحق غير معين فلم تكن دعوى احدهما دعوى من صاحب الحق ولان الدعوى حينئذ لاتكون مطابقا للشهادة لان الشهادة على احد العبدين لا على العبدين **قوله** لما انه يتضمن تحريم الفرج اي عتق الامة يتضمن تحريم فرجها على مولاها وذلك حق الشرع وفيما هو حق الله تعالى الشهادة تقبل حسبة من غير دعوى كما في الشهادة برؤية هلال رمضان وحد الزنا والشرب والطلاق فان قيل فعلى هذا ينبغي ان يكتفى بشهادة الواحدة لانه امر ديني وخبر الواحد فيه حجة تامة

والعتق المبهم لا يوجب تحريم الفرج عنده على ما ذكرناه فصار كالشهادة على عتق احد العبدين وهذا كله اذا شهدا في صحته على انه اعتق احد عبديه اما اذا شهدا انه اعتق احد عبديه في مرض موته اوشهدا على تدبيره في صحته او مرضه واداء الشهادة في مرض موته اوبعد الوفاة تقبل استحسانا لان التدبير حيثما وقع وقع وصية وكذا العتق في مرض الموت وصية والخصم في الوصية انما هو الموصي وهو معلوم وعند خلف وهو الوصي او الوارث ولان العتق يشيع بالموت فيهما فصار كل واحد منها حصما متعينا ولوشهدا بعد موته انه قال في صحته احدكما حر قد قيل لا تقبل

قلنا خبر الواحد انما يكون حجة في الامر الديني اذا لم يتضمن ازالة حق العبد وهنا يتضمن ازالة الملك والمالية وهو حق العبد وخبر الواحد لا يكفي لذلك فلهذا قلنا لا بد من ان يشهد رجلان *

قوله والعتق المبهم لايوجب تحريم الفرج فان قيل اذا كانت هي اخته من الرضاع قبلت الشهادة على عتقها مع جحودها وليس فيه تحريم الفرج قلنا فيه معنى الزنا لان فعل المولى قبل العتق لا يلزمه الحد وبعد العتق يلزمه على ان الامة في انكار العتق متهمة لما لها من الحظ في الصحبة مع المولى ولا معتبر بانكار المتهم في انكاره فجعلت كالمدعية وهذا كالشهادة القائمة بالمال على الصبي مع اقرار الوصي فانها تقبل وان كانت الشهادة انما تقبل في حق المنكر دون المقر الا ان اقراره مردود شرعا فكان منكرا معنى فكذا الانكار من الامة لما كان مردودا شرعا للتهمة صارت مدعية تقديرا

قوله لان التدبير حيثما وقع وقع وصية اي سواء وقع في حالة الصحة او في حالة المرض

قوله والخصم في الوصية انما هو الموصي وهو معلوم وعنه خلف وهو الوصي او الوارث

لانه ليس بوصية وقيل تقبل للشيوع والله تعالى اعلم بالصواب *

باب الحلف بالعتق

ومن قال اذا دخلت الدار فكل مملوك لي يومئذ فهو حر وليس له مملوك فاشترى مملوكا ثم دخل عتق لان قوله يومئذ تقديره يوم اذ دخلت الا انه اسقط الفعل وعوضه بالتنوين فكان المعتبر قيام الملك وقت الدخول وكذا لو كان في ملكه يوم حلف عبد فبقي على ملكه حتى دخل عتق لما قلنا

فانزل الوصي او الوارث مدعيا للعتق خلفا عن الميت فتقبل الشهادة وانما يجبر على البيان اذا انكر لان حق غيره تعلق بحق له فجعل مدعيا كيلا تكون دعوى العبد شرطا وجعل مدعيا عليه حتى يجبر على البيان توفيرا للحقين *

قوله لانه ليس بوصية اي نظرا الى الوجه الاول من وجهي الاستحسان لانه لما لم يكن وصية لم يكن الميت مدعيا تقديرا وقال بعضهم تقبل لان العتق شاع فيهما بعد الموت وهو الوجه الثاني من وجهي الاستحسان والله تعالى اعلم بالصواب *

باب الحلف بالعتق

قوله ومن قال اذا دخلت الدار فكل مملوك لي يومئذ فهو حر وليس له مملوك فاشترى مملوكا ثم دخل عتق لانه مملوك له يومئذ فان قيل الايجاب لا يصح الا في الملك او مضافا الى الملك ولم يوجد قلنا قد وجد لانه اضاف العتق الى مملوك له زمان الدخول لان معنى قوله يومئذ يوم اذ دخلت فاعتبر قيام

قال ولولم يكن قال في يمينه يومئذ لم يعتق لان قوله كل مملوك لي للحال والجزاء حرية المملوك في الحال الا انه لما دخل الشرط على الجزاء تأخر الى وجود الشرط فيعتق اذا بقي على ملكه الى وقت الدخول فلا تناول من اشتراه بعد اليمين ومن قال كل مملوك لي ذكر فهو حر وله جارية حامل فولدت ذكرا لم يعتق وهذا اذا ولدت لستة اشهر فصاعدا ظاهر لان اللفظ للحال وفي قيام الحمل وقت اليمين احتمال لوجود اقل مدة الحمل بعده وكذا اذا ولدت لاقل من ستة اشهر لان اللفظ يتناول المملوك المطلق والجنين مملوك تبعا للام لا مقصود اولانه عضو من وجه واسم المملوك يتناول الانفس دون الاعضاء ولهذا لا يملك بيعه منفردا قال رضي الله عنه وفائدة التقييد بوصف الذكورة انه لو قال كل مملوك لي تدخل الحامل فيدخل الحمل تبعا لها

قوله ولو لم يكن قال في يمينه يومئذ لم يعتق اي الذي اشتراه بعد اليمين وهذه اليمين لا تتناول الجنين ولا المملوك المشترك ولا المكاتب الا ان يعينهم وكذا عبيد عبده التاجر وهو قول ابي يوسف رحمه الله سواء كان على العبد دين اولا وعلى قول محمد رحمه الله عتقوا نواهم اولا وعليه دين اولا وعلى قول ابي حنيفة رح ان لم يكن عليه دين عتقوا اذا نواهم والا فلا وان كان عليه دين لم يعتقوا وان نواهم ويدخل المدبر والمدبرة وام الولد وولدهما والذكر والانثى لان اسم المملوك عام وكذلك يدخل فيه العبد المرهون لان الملك لم يختل فيه ولو قال عنيت به الذكور دون الاناث لم يصدق في القضاء لان اللفظ عام فلا يصح التخصيص بمجرد النية في الحكم ولو قال عنيت به ما يستقبل عتق ما كان في ملكه وما سيملكه في المستقبل لانه قصد تغيير ما يدل عليه ظاهر لفظه فلم يعتبر نيته فيما

وان قال كل مملوك املكه فهو حر بعد غد اوقال كل مملوك لي فهو حر بعد غد وله مملوك فاشترى آخر ثم جاء بعد غد عتق الذي ملكه يوم حلف لان قوله املكه للحال حقيقة يقال انا املك كذا وكذا ويراد به الحال وكذا يستعمل له من غير قرينة وللاستقبال بقرينة السين اوسوف فيكون مطلقه للحال فكان الجزاء حرية المملوك في الحال مضافا الى مابعد الغد فلا يتناول مايشتريه بعد اليمين ولو قال كل مملوك املكه اوقال كل مملوك لي حر بعد موتي وله مملوك فاشترى مملوكا آخر فالذي كان عنده وقت اليمين مدبر والآخر ليس بمدبر وان مات عتقا من الثلث وقال ابو يوسف رحمه الله في النوادر يعتق ما كان في ملكه يوم حلف ولا يعتق ما استفاد بعد يمينه وعلى هذا اذا قال كل مملوك لي اذا مت فهو حر له ان اللفظ حقيقة للحال على ما بيناه فلا يعتق به ماسيملكه ولهذا صار هو مدبرا دون الآخر ولهما ان هذا ايجاب عتق وايصاء حتى اعتبر من الثلث وفي الوصايا تعتبر الحالة المنتظرة والحالة الراهنة الاترى انه يدخل في الوصية بالمال مايستفيده بعد الوصية في الوصية لاولاد فلان من يولد له بعدها والايجاب انما يصح مضافا الى الملك او الى سببه فمن حيث انه ايجاب العتق يتناول العبد المملوك اعتبارا للحالة الراهنة فيصير مدبرا حتى لايجوز بيعه ومن حيث انه ايصاء يتناول الذي يشتريه اعتبارا للحالة المتربصة وهي حالة الموت وقبل الموت حالة التملك استقبال محض فلايدخل تحت اللفظ وعند الموت يصير كانه قال كل مملوك لي او كل مملوك املكه فهو حر

وكذا لا تجب منه صدقة الفطر وكذا اذا حلف لا يشتري مملوكين فاشترى جارية حاملا لايحنث ٭

قوله والحالة الراهنة اي الموجودة القائمة وانما سميت بالحالة الراهنة لان الرهن هو الحبس والمرء محبوس فيه دون الذي يليه **قوله** والايجاب انما يصح مضافا الى الملك او الى سببه

بخلاف قوله بعد غد على ماتقدم لانه تصرف واحد وهو ايجاب العتق وليس فيه ايصاء والحالة محض استقبال فافترقا ولا يقال انكم جمعتم بين الحال والاستقبال لانا نقول نعم ولكن بسببين مختلفين ايجاب عتق ووصية وانما لا يجوز ذلك بسبب واحد والله تعالى اعلم بالصواب •

جواب سؤال وهو ان اللفظ لما لم يتناول فلم يعتق اذا بقي ملكه يوم مات فاجاب ان هذا الكلام ايجاب عتق وايصاء فمن حيث انه ايجاب عتق يتناول المملوك الحالي ولا يتناول المستحدث لان الايجاب يصح مضافا الى الملك اوسبب الملك ولم يوجد في حق المستحدث واحد منهما فلا يتحقق في حقه التدبير المطلق ويتناول المستحدث من حيث انه ايصاء فاذا تناولهما الايجاب صار الذي يملكه وقت التكلم مرادا به بلا احتمال فصار مدبرا فلم يجز بيعه فاما الذي ملكه فيمايستقبل فانه لم يصر مرادا لان مابين حال التكلم وحال الموت مستقبل محض وليس من الحال في شيء فاذا باعه فقد باعه قبل وجوب حق العتق فصح فاذا لم يبعه حتى بقي على ملكه الى وقت الموت يتناوله الايجاب حينئذ لكونه واقعا على حال الموت فوجب له العتق وصار موصى له فزاحم الاول في الثلث فوجب ان يقسم الثلث بينهما فيضرب كل واحد منهما في ذلك بقيمته بخلاف قوله بعد غد لانه يتناول الحالة الراهنة وانما الحق المستقبل بالحال اذا اقام عليه الدليل وهو الايصاء الذي يتصل بحال الموت فالحق حال الموت بالحالة الراهنة ولم يقم الدليل في تلك المسئلة لان بعد الغد استقبال محض وليس من الحال في شيء فافترقا فان قيل قد جمعتم بين الحال والاستقبال لان الحالة المتربصة استقبال محض وذا لا يجوز لان قوله املكه حقيقة للحال مجاز للاستقبال عند البعض وعند البعض هو مشترك بينهما فيؤدي الى الجمع بين الحقيقة والمجاز او الى تعميم المشترك وكلاهما لا يجوز قلنا هذا الكلام يتناول الموجود بين حال الاعتاق ولكن حال الاعتاق

باب العتق على جعل

ومن اعتق عبده على مال فقبل العبد عتق وذلك مثل ان يقول انت حر على الف درهم او بالف درهم وانما يعتق بقبوله لانه معاوضة المال بغير المال اذ العبد لايملك نفسه ومن قضية المعاوضة ثبوت الحكم بقبول العوض للحال كما في البيع فاذا قبل صار حرا وماشرط دين عليه

من وجه حال التكلم ومن وجه حال الموت لان الحكم يثبت عند الموت ولكن بالكلام السابق فصار حالة الموت وحالة التكلم حالة واحدة من حيث انه حال العلة والموجود عند الموت كذلك فصار المتناول من حيث المعنى حالة واحدة ويقال هذا الكلام ايجاب عتق وايصاء والايجاب لايصح الا في الملك اومضافا الى سببه فيتناول المملوك من حيث انه ايجاب حتى يصير مدبرا ويتناول من يشريه من حيث انه ايصاء فجمعنا بينهما بسببين مختلفين وانما لا يجوز ذلك اذا كان بسبب واحد وهذا كاختلافهم في قوله لله على ان اصوم رجبا ونوى به النذر واليمين فان ابايوسف رحمه الله لم يرالجمع بين النذر واليمين لان احدهما حقيقة والآخر مجاز وهما جوزاه لانه نذر بصيغته يمين بموجبه والتحقيق هو الاول والله تعالى اعلم بالصواب •

باب العتق على جعل

قوله ومن اعتق عبده على مال فقبل العبد عتق وذلك مثل ان يقول انت حر على الف درهم او بالف درهم او على ان لي عليك الفا وعلى الف تؤديها او على ان تعطني الفا وعلى ان يجزني بالف فقبل العبد عتق وماشرط دين عليه لانه التزمه بقبوله وقد كانت له ذمة صالحة للالتزام وقد تأكدت بالعتق ويجوز ان يجب المال عليه وان لم يملك ماقابله من ملك المولى كما يجب المال على المرأة بقبول الطلاق وان لم تملك شيئا بمقابلته •

حتى تصح الكفالة به بخلاف بدل الكتابة لانه ثبت مع المنافي وهو قيام الرق على ما عرف واطلاق لفظ المال ينتظم انواعه من النقد والعرض والحيوان وان كان بغير عينه لانه معاوضة المال بغير المال فشابه النكاح والطلاق والصلح عن دم العمد وكذا الطعام والمكيل والموزون اذا كان معلوم الجنس ولا تضره جهالة الوصف لانها يسيرة **قال** ولو علق عتقه باداء المال صح وصار مأذونا وذلك مثل ان يقول ان اديت الي الف درهم فانت حر ومعنى قوله صح انه يعتق عند الاداء من غير ان يصير مكاتبا لانه صريح في تعليق العتق بالاداء وان كان فيه معنى المعاوضة في الانتهاء على مانبين ان شاء الله تعالى وانما صار مأذونا لانه رغبه في الاكتساب بطلبه الاداء منه ومراده التجارة دون التكدي فكان اذنا له دلالة وان احضر المال اجبره الحاكم على قبضه وعتق العبد ومعنى الاجبار فيه وفي سائر الحقوق انه ينزل قابضا بالتخلية وقال زفر رحمه الله لا يجبر على القبول وهو القياس لانه تصرف يمين اذ هو تعليق العتق بالشرط لفظا ولهذا لا يتوقف على قبول العبد ولا يحتمل الفسخ ولا جبر على مباشرة شروط الايمان لانه لا استحقاق قبل وجود الشرط بخلاف الكتابة لانه معاوضة والبدل فيها واجب ولنا انه تعليق نظرا الى اللفظ ومعاوضة نظرا الى المقصود لانه ما علق عتقه بالاداء الا ليحثه على دفع المال فينال العبد شرف الحرية والمولى المال بمقابلته بمنزلة الكتابة ولهذا كان عوضا في الطلاق في مثل هذا اللفظ حتى كان بائنا

قوله حتى تصح الكفالة به لانه دين مطلق لانه يسعى وهو حر بخلاف بدل الكتابة حيث لا تصح الكفالة به لثبوته مع قيام الرق المنافي لثبوت الدين اذ المولى لا يستوجب على عبده دينا **قوله** اذا كان معلوم الجنس كما اذا اعتقه على مائة قفيز حنطة **قوله** ولا تضره جهالة الوصف يعني وان لم يقل انها جيدة او ردية ربيعية اوخريفية **قوله** ومراده التجارة دون التكدي لانه حرام ولانه من امارة الخساسة

فجعلناه تعليقا في الابتداء عملا باللفظ ودفعا للضرر عن المولى حتى لا يمتنع عليه بيعه ولا يكون العبد احق بمكاسبه ولا يسري الى الولد المولود قبل الاداء وجعلناه معاوضة في الانتهاء عند الاداء دفعا للغرور عن العبد حتى يجبر المولى على القبول فعلى هذا يدور الفقه وتخرج المسائل نظيره الهبة بشرط العوض ولو ادى البعض يجبر على القبول الا انه لا يعتق ما لم يؤد الكل لعدم الشرط كما اذا حط البعض وادى الباقي ثم لو ادى الفا اكتسبها قبل التعليق رجع المولى عليه وعتق لاستحقاقها ولو كان اكتسبها بعده لم يرجع المولى عليه لانه مأذون من جهته بالاداء منه

قوله فجعلناه تعليقا في الابتداء عملا باللفظ ودفعا للضرر عن المولى حتى لا ينم بالمولى وحده ولا يحتمل الفسخ ولا يمتنع جواز البيع ولا يسري الى الولد المولود قبل الاداء ولا يكون العبد احق باكسابه قوله وجعلناه معاوضة في الانتهاء دفعا للغرور عن العبد حتى يجبر المولى على القبول اذا ادى العبد المال كما في الكتابة اذ الجبر يجري على قبض العوض في المعاوضات وان لم يجبر في التعليقات وهذا لان المولى رضي بالعتق عند اداء العوض اليه والعبد ما تحمل المشقة في اكتساب المال الا لينال شرف الحرية فلو لم يجبر عليه لتضرر العبد ولو اجبر لا يتضرر السيد به فان قيل لا يمكن جعله معاوضة لان البدل والمبدل عند الاداء كله للمولى قلنا الثابت عند الاداء معنى الكتابة من الوجه الذي بينا يثبت شرط صحته اقتضاء وهو ان يصير العبد احق بالرد فيثبت هذا سابقا على الاداء متى وجد الاداء قوله فعلى هذا يدور الفقه وتخرج المسائل اي فعلى العمل بالشبهين دار المعنى الفقهي وخرجت المسائل المتعارضة باعتبار الابتداء والانتهاء قوله نظيره الهبة بشرط العوض فانه يعتبر التقابض في العوضين ويبطل بالشيوع ويرد بالعيب وخيار الرؤية عملا بالشبهين قوله كما اذا حط البعض وادى الباقي يعني لا يعتق باداء البعض

ثم الاداء في قوله ان اديت يقتصر على المجلس لانه تخيير و في قوله اذا اديت لا يقتصر لان اذا تستعمل للوقت بمنزلة متى ومن قال لعبده انت حر بعد موتي على الف درهم فالقبول بعد الموت لاضافة الايجاب الى ما بعد الموت فصار كما اذا قال انت حر غدا بالف درهم بخلاف ما اذا قال انت مدبر على الف درهم حيث يكون القبول اليه في الحال لان ايجاب التدبير في الحال الا انه لا يجب المال لقيام الرق

فانه اذا ابرء المكاتب عن بعض البدل وادى الباقي عتق لان المال ثمه واجب على المكاتب فيتحقق ابراؤه عنه سواء ابرءه عن الكل او حط بعضه وهنا لا مال على العبد فبطل الحط والابراء ولا يعتق ما لم يتم الشرط كما اذا قال ان كلمت زيدا وعمروا فانت حر ثم قال له حططت عنك كلام احدهما فانه لا يصح لان الحط فسخ لان قدر المحطوط يخرج عن العقد واليمين لا يحتمل الفسخ *

قوله ثم الاداء في قوله ان اديت يقتصر على المجلس لانه تخيير كما في قوله انت حر ان شئت فلابد من المشية في المجلس لا يقال فلما ادى في المجلس كان المجلس متبدلا لان مجلس الاداء غير مجلس التعليق كان مجلس المناظرة غير مجلس التعليق وهناك يتبدل فكذا هنا لانا نقول انما لزم هذا من ضرورة تحقق احد حكمي التعلق وهو الحنث فكان مستثنى كما ان ما لزم من ضرورة تحقق الحكم الآخر للتعليق وهو البر في قوله لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه صار قدر اللبس الذي يوجد عند النزع مستثنى ليحصل مقصود الحالف **قوله** بخلاف ما اذا قال انت مدبر على الف درهم حيث يكون القبول اليه في الحال لان ايجاب التدبير في الحال الا انه لا يجب المال لقيام الرق فان قيل ما فائدة القبول والتدبير غير محتاج الى القبول والمال غير واجب قلنا التدبير لا يحتاج الى القبول اذا لم يعلقه بالقبول وهنا علقه بالقبول وهذا كقوله ان شئت فانت طالق غدا فان المشية

قيد

قالوا لا يعتق عليه في مسئلة الكتاب وان قبل بعد الموت ما لم يعتقه الوارث لان الميت ليس باهل للاعتاق وهذا صحيح ٭

قال ومن اعتق عبده على خدمته اربع سنين فقبل العبد فعتق ثم مات من ساعته فعليه قيمة نفسه في ماله عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله عليه قيمة خدمته اربع سنين اما العتق فلانه جعل الخدمة في مدة معلومة عوضا فيتعلق العتق بالقبول وقد وجد ولزمه خدمته اربع سنين لانه يصلح عوضا فصار كما اذا اعتقه على الف درهم ثم اذا مات العبد فالخلافية بناء على خلافية اخرى وهي ان من باع نفس العبد منه بجارية بعينها

تشترط للحال بخلاف ما اذا قال انت طالق غدا ان شئت فانه لا تشترط المشية في الغد لانه اضاف الطلاق الى الغد ثم جعل المضاف الى الغد معلقا بمشيتها فكان لها المشية في الغد ضرورة وهنا علق الطلاق بمشيتها اولا ثم جعل المعلق بمشيتها مضافا الى الغد فلا بد من المشية لتصح الاضافة الى الغد ٭

قوله قالوا لا يعتق عليه في مسئلة الكتاب مالم يعتقه الوارث لان الميت ليس باهل للاعتاق وهذا صحيح وانما لم يعتق ههنا بدون اعتاق الوارث لان العتق تأخر عن الموت الى ان يقبل والعتق متى تأخر عن الموت لا يثبت الا باثبات واحد من الوارث والوصي والقاضي لانه صار بمنزلة الوصية بالاعتاق وذلك لانه لما كان لا يعتق الا بالقبول لم يكن العتق معلقا بمطلق الموت وفي مثل هذا لا يعتق الا باعتاق من هؤلاء كما لو قال انت حر بعد موتي بشهر بخلاف المدبر لان عتقه تعلق بنفس الموت ولا يشترط اعتاق احد

قوله ومن اعتق عبده على خدمته اربع سنين بان قال انت حر على ان تخدمني اربع سنين فقبل فهو حر **قوله** فالخلافية بناء على خلافية اخرى وهي ان من باع نفس العبد منه بجارية

ثم استحقت الجارية اوهلكت يرجع المولى على العبد بقيمة نفسه عندهما وبقيمة الجارية عنده وهي معروفة ووجه البناء انه كما يتعذر تسليم الجارية بالهلاك والاستحقاق يتعذر الوصول الى الخدمة بموت العبد وكذا بموت المولى فصار نظيرها

ومن قال لآخر اعتق امتك على الف درهم على ان تزوجنيها ففعل فابت ان يتزوجه فالعتق جائز ولا شيء على الآمر لان من قال لغيره اعتق عبدك على الف درهم علي ففعل لا يلزمه شيء ويقع العتق عن المأمور بخلاف ما اذا قال لغيره طلق امرأتك على الف درهم علي ففعل حيث يجب الالف على الآمر لان اشتراط البدل على الاجنبي في الطلاق جائز وفي العتاق لا يجوز

بعينها ثم استحقت الجارية اوهلكت في يد العبد قبل التسليم رجع المولى على العبد بقيمة نفسه عندهما وبقيمة الجارية عنده له انه معاوضة المال بما ليس بمال لان نفس العبد ليست بمال في حقه اذ لا يملك نفسه فصار كما لو تزوج امرأة على عبد ولم يسلم العبد اليها حتى استحق فانها ترجع عليه بقيمة العبد لا بقيمة البضع اي مهر المثل ولهما انه معاوضة مال بمال لان العبد مال في حق المولى وكذا المنافع باير اد العقد عليها فصار كما لو اشترى اباه بامة فهلكت قبل القبض اواستحقت فان البائع يرجع عليه بقيمة ابيه لا بقيمة الامة وكما لو باع العبد بسكنى دار وقبض العبد ومات عنده ثم انهدمت الدار واستحقت فانه يرجع بقيمة العبد•

قوله ثم استحقت الجارية اوهلكت اي هلكت قبل التسليم الى المولى في يد العبد

قوله وكذا بموت المولى اي ان مات المولى فللورثة ان يأخذوه بما بقي من خدمة السنة من قيمته عندهما وعند محمد رح بما بقي من قيمة الخدمة قال عيسى وهذا غلط بل على قولهم جميعا ههنا يأخذونه بما بقي من خدمة السنة لان الخدمة دين عليه فيخلفه وارثه بعد موته كما لو كان اعتقه على الف درهم واستوفى بعضها ثم مات كان للورثة ان يأخذوه

وقد قررناه من قبل ولو قال اعتق امتك عني على الف درهم والمسئلة بحالها قسمت الالف على قيمتها ومهر مثلها فما اصاب القيمة اداه الامر وما اصاب المهر بطل عنه لانه لما قال عني تضمن الشراء اقتضاء على ما عرف واما إذا كان كذلك فقد قابل الالف بالرقبة شراء وبالبضع نكاحا فانقسم عليهما ووجبت حصة ما سلم له وهو الرقبة وبطل عنه مالم يسلم حصته وهو البضع

بما بقي من الالف ولكن في ظاهر الرواية يقول الناس متفاوتون في الخدمة وانما كان الشرط ان يخدم المولى فيفوت ذلك بموت المولى كما يفوت بموت العبد الا ان هذا التعليل ليس بقوي فان الخدمة عبارة عن خدمة البيت وهو معروف بين الناس لا يتفاوتون فيه فلا يفوت بموت المولى ولكن الاصح ان يقول الخدمة عبارة عن المنفعة والمنفعة لا يورث فلا يمكن ايفاء عين الخدمة بعد موت المولى فلهذا كان المعتبر قيمته او قيمة الخدمة على ما اختلفوا فيه

قوله وقد قررناه من قبل اي في الخلع في مسئلة خلع الاب ابنة الصغيرة على وجه الاشارة

قوله ولو قال اعتق امتك عني على الف درهم على ان تزوجنيها ففعل فابت ان تتزوجه وقع العتق عن الآمر وقسمة الالف على قيمتها ومهر مثلها فما اصاب القيمة اداه الآمر فان قيل وجب ان لا تعتق الامة عن الآمر لان البيع فيها فاسد لانه بيع بما يخصها من الالف اولانه ادخل النكاح في البيع وادخال الصفقة في الصفقة مفسد للبيع والبيع الفاسد لا يفيد الملك قبل القبض ولا عتق عنه فيما لا ملك له فيه الا ترى انه لو قال اعتقها عني فاعتقها عنه يقع العتق عن المأمور لانه استيهاب والهبة لا يفيد الملك بدون القبض وان كان العتق عن الآمر ينبغي ان يجب عليه قيمة الامة لانه موجب البيع الفاسد قيل ان البيع هنا في ضمن الاعتاق عنه فاخذ حكمه لما عرف ان المقتضى تبع للمقتضي والبيع انما يفسد بالشروط الفاسدة اذا وقع قصدا الا ان هذا يشكل بما لو قال اعتق عبدك عني بالف درهم ورطل من خمر فانه قال في الكتاب هذا بيع فاسد وقال شمس الائمة السرخسي رحمه الله

فلو زوجت نفسها منه لم يذكره وجوابه ان ما اصاب قيمتها سقط في الوجه الاول وهي للمولى في الوجه الثاني وما اصاب مهر مثلها كان مهرا لها في الوجهين والله تعالى اعلم بالصواب •

باب التدبير

اذا قال المولى لمملوكه اذا مت فانت حر او انت حر عن دبر مني او انت مدبر او قد دبرتك فقد صار مدبرا لان هذه الالفاظ صريح في التدبير فانه اثبات العتق عن دبر ثم لا يجوز بيعه ولا هبته ولا اخراجه عن ملكه الا الى الحرية كما في الكتابة وقال الشافعي رحمه الله تعالى عليه يجوز لانه تعليق العتق بالشرط فلا يمتنع به البيع والهبة كما في سائر التعليقات وكما في المدبر المقيد ولان التدبير وصية وهي غير مانعة

ان الامة تنتفع بهذا الاعتاق فمن هذا الوجه تصير قابضة نفسها ادنى قبض والقبض الادنى يكفي للبيع الفاسد ولا يكفي للهبة كالقبض مع الشيوع فيما يحتمل القسمة ومع اتصال الثمار على رؤس الاشجار يكفي لوقوع الملك في البيع الفاسد دون الهبة على ان الفاسد ممنوع فان منافع البضع منقومة عند ايراد العقد عليها وقران ما هو متقوم في نفسه غير مفسد للبيع كما اذا جمع بين عبد ومدبر في البيع وذكر فخر الاسلام والامام الكشاني رحمهما الله لم يبطل البيع بشرط النكاح لانه مندرج في الاعتاق واخذ حكم الاعتاق فلم يبطل بالشرط الفاسد كالاعتاق •

قوله فلو زوجت نفسها منه لم يذكره اي في الجامع الصغير **قوله** في الوجه الاول اي فيما اذا لم يقل عني **قوله** وهي للمولى في الوجه الثاني اي فيما اذا قال عني والله اعلم بالصواب •

باب التدبير

قوله اذا قال المولى لمملوكه اذا مت فانت حر وكذا اذا قال انت مدبر بعد موتي او انت حر مع موتي وكذا اذا قال اوصيت لك برقبتك او عتقك او بنفسك وكذا اذا قال انت

من ذلك ولنا قوله صلى الله عليه وسلم المدبر لا يباع ولا يوهب ولا يورث وهو حر من الثلث ولانه سبب الحرية لان الحرية تثبت بعد الموت ولا سبب غيره ثم جعله سببا في الحال اولى لوجوده في الحال وعدمه بعد الموت ولان مابعد الموت حال بطلان اهلية المتصرف فلايمكن تأخير السببية الى زمان بطلان الاهلية بخلاف سائر التعليقات لان المانع من السببية قائم قبل الشرط لانه يمين واليمين مانع والمنع هو المقصود وانه يضاد وقوع الطلاق والعتاق وامكن تأخير السببية الى زمان الشرط لقيام الاهلية عنده فافترقا ولانه وصية والوصية خلافة في الحال كالوراثة وابطال السبب لايجوز وفي البيع ومايضاهيه ذلك ٭

حر يوم موتي لان اليوم اذاقرن بفعل لا يمتد حمل على مطلق الوقت ولو نوى به النهار دون الليل لايكون مدبرا مطلقا لجواز ان يموت ليلا ٭

قوله من ذلک اي من البيع والهبة **قوله** وهو حر من الثلث من تتمة الحديث **قوله** ثم جعله سببا في الحال اولى لوجوده في الحال وعدمه بعد الموت ولا يقال انه موجود حكما حينئذ وان كان معدوما حقيقة لان الشيء انما يعتبر وجودا حكما اذا امكن وجوده حقيقة ولا امكان لوجوده منه بعد موته لاستحالة وجود الفعل من الميت ولا يمكن تقديره حيا بعد الموت لان هذا الحكم لا يثبت الا اذا حكم الشرع بموته ومتى حكم الشرع بموته استحال ان يحكم بحيوته لافضائه الى التناقض فلايمكن تأخير السببية الى زمان بطلان الاهلية ولا يلزم اذا جن بعد التعليق بدخول الدار ووجد الدخول فانه يعتق العبد وان لم يكن هو اهلا لان الجنون لا ينافي اهلية العتق من كل وجه ولهذا يعتق عليه قريبه بالارث ولان المحل باق على ملكه ثمه ولا كذلك ههنا **قوله** ولانه وصية والوصية خلافة في الحال اي الايصاء سبب خلافة كالوراثة

قال وللمولى ان يستخدمه ويواجره وان كانت امة وطئها وله ان يزوجها لان الملك فيه ثابت له وبه تستفاد ولاية هذه التصرفات فاذا مات المولى عتق المدبر من ثلث ماله لما روينا ولان التدبير وصية لانه تبرع مضاف الى وقت الموت والحكم غير ثابت في الحال فينفذ من الثلث حتى لو لم يكن له مال غيره يسعى في ثلثيه وان كان على المولى دين يسعى في كل قيمته لتقدم الدين على الوصية ولا يمكن نقض العتق فتجب رد قيمته وولد المدبرة مدبر وعلى ذلك نقل اجماع الصحابة رضي الله عنهم وان علق التدبير بموته على صفة مثل ان يقول ان مت من مرضي هذا او سفري هذا او من مرض كذا فليس بمدبر ويجوز بيعه لان السبب لم ينعقد في الحال لتردد في تلك الصفة بخلاف المدبر المطلق لانه تعلق عتقه بمطلق الموت وهو كائن لا محالة فان مات المولى على الصفة التي ذكرها عتق كما يعتق المدبر معناه من الثلث لانه ثبت حكم التدبير في آخر جزء من اجزاء حيوته لتحقق تلك الصفة فيه فلهذا يعتبر من الثلث ومن المقيد ان يقول ان مت الى سنة او عشر سنين

اي كسبب الوراثة لانه اثبات الخلافة في ملكه للموصى له مقدما على الوارث فاعتبر للحال سببا لاثبات الخلافة كالقرابة الا ان الوصية بالمال تبرع بالمال والوصية بالعتق تبرع بالعتق والتبرع بالمال لا يقع لازما فسببه ايضا لا يكون لازما فلم يمتنع ابطاله بالبيع ونحوه واما العتق فلا يثبت الا لازما فالسبب الذي يوجبه لا ينعقد الا لازما فيمنع جواز البيع لان سبب العتق اذا وجد يلزم ولا يجوز ابطاله لان سبب العتق يثبت حق العتق والحق ملحق بالحقيقة فكما لا يجوز ابطالها لانها حقه لا يجوز ابطاله لانه حقه كالاستيلاد في البيع وما يضاهيه من الهبة والامهار ابطال السبب **قوله** وولد المدبرة مدبر وعلى ذلك نقل اجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم روي انه خوصم الى عثمان رضي الله تعالى عنه في الاولاد المدبرة فقال ما ولدته قبل التدبير فهو عبد

لما ذكرنا بخلاف ما اذا قال الى مائة سنة ومثله لا يعيش اليه فى الغالب لانه

كالكائن لا محالة والله تعالى اعلم بالصواب

باب الاستيلاد

اذاولدت الامة من مولاها فقد صارت ام ولد له لايجوز بيعها ولا تمليكها لقوله عليه السلام

وما ولدته بعد التدبير فهو مدبر وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله تعالى عنهم ولم ينكر عليه احد فيصير اجماعا ٭

قوله لما ذكرنا اشارة الى قوله لان السبب لم ينعقد **قوله** بخلاف ما اذا قال الى مائة سنة ومثله لايعيش اليه فى الغالب لانه كالكائن لامحالة وقال ابو يوسف هو تدبير مقيد **فان قيل** اذا قال اذا جاء غد فانت حر لايكون سببا فى الحال ولا يمتنع بيعه مع ان مجيء الغد كائن لامحالة كالموت قلنا لانم انه كائن لامحالة فانه من الجائز ان تقوم القيمة قبل مجيء الغد ونقول ان الكلام فى الاعم الاغلب فان الاعم فى سائر التعلقات ان لايكون كائنا لامحالة لتحقيق معنى الشرطية فلايرد الافراد مثل الغد علينا نقضا ونقول فى التدبير معنى الخلافة وليس فى التعليق بالغد ذلك والله تعالى اعلم بالصواب ٭

باب الاستيلاد

قوله اذاولدت الامة من مولاها فقد صارت ام ولد له لايجوز بيعها ولاتمليكها وهو قول عامة الصحابة رضي الله عنهم وبه قال جمهور الفقهاء وقال بشر المريسي وداؤد الاصفهاني ومن تابعه من اصحاب الظواهر يجوز بيعها ولايعتق بموت المولى وهو قول علي رضي الله عنه وحكي عن ابي سعيد البردعي استاذ الكرخي رحمه الله انه خرج حاجا

اعتقها ولدها اخبر عن اعتاقها فيثبت بعض مواجبه و هو حرمة البيع ولان الجزئية قد حصلت بين الواطئ والموطوءة بواسطة الولد فان الماءين قد اختلطا بحيث لا يمكن الميز بينهما على ماعرف في حرمة المصاهرة الا ان بعد الانفصال تبقى الجزئية حكما لا حقيقة فضعف السبب فاوجب حكما مؤجلا الى ما بعد الموت

من بردعة فوصل يوم الجمعة بغداذ فرأى بعد صلوة الجمعة قوما جلسوا للنظر وفيهم داؤد فسأله حنفي عن بيع ام الولد فقال يجوز بيعها لان بيعها يجوز اجماعا قبل العلوق فنحن على هذا الاجماع حتى ينعقد اجماع آخر لان ماثبت باليقين لا يرتفع الا بيقين مثله فتحير الحنفي لانه لا يقبل القياس وخبر الواحد لا يوجب اليقين فقال ابوسعيد اجمعنا على عدم جواز بيعها بعد العلوق لان في بطنها ولدا حرا فنحن على هذا الاجماع حتى ينعقد اجماع آخر فتحير داؤد فانقطع فلما رأى وهنه ووهن اصحابه في الفقه ترك الخروج الى مكة وجلس للتدريس فاجتمع اصحاب داؤد عند ابي سعيد وكان على ذلك حتى سمع ليلة مناديا يقول فاما الزبد فيذهب جفاء واما ماينفع الناس فيمكث في الارض فمالبث ان قرع انسان بابه واخبره بموت داؤد فاستقرامره بعد ذلك ٥

قوله اعتقها ولدها قال عليه السلام لمارية القبطية لما ولدت ابراهيم وحديث ابن عباس رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم ايما امة ولدت من سيدها فهي معتقة عن دبر منه صاربيانا لان المراد بقوله اعتقها اي اثبت فيها حق الحرية **قوله** ولان الجزئية قد حصلت الى آخره وهذا لان الماءين قد اختلط بحيث لا يمكن الميز بينهما واليه اشار عمر رض في قوله وقد اختلط لحومكم بلحومهن ودماؤكم بدمائهن ولم يرد به نفس الاختلاط بدليل ان الاستيلاد لوكان بالزنا لا يصير ام ولد له متى ملكها وانما اراد به ماثبت بسبب الاختلاط وهو حرية الولد لكن بشرط ان يكون الولد منسوبا اليهما بدليل ان المولى لو اعتق ما في بطن

نيو

وبقاء الجزئية حكما باعتبار النسب وهو من جانب الرجال فكذا الجزئية تثبت في حقهم لا في حقهن حتى اذا ملكت الحرة زوجها وقد ولدت منه لم يعتق الزوج الذي ملكته بموتها وبثبوت عتق مؤجل يثبت حق الحرية في الحال فيمنع جواز البيع واخراجها الا الى الحرية في الحال ويوجب عتقها بعد موته وكذا اذا كان بعضها مملوكا له لان الاستيلاد لا يتجزى فانه فرع النسب فيعتبر باصله•

قال وله وطئها واستخدامها واجارتها وتزويجها لان الملك فيها قائم فاشبهت المدبرة ولا يثبت نسب ولدها الا ان يعترف به وقال الشافعي رح يثبت نسبه منه وان لم يدع لانه لما ثبت النسب بالعقد فلان يثبت بالوطئ وانه اكثر افضاء اولى ولنا ان وطئ الامة يقصد به قضاء الشهوة دون الولد

جاريته لم يثبت لها حق العتق فلو كان ثبوت حق العتق لها باعتبار الاتصال بالولد الحر ليثبت هنا وحيث لم يثبت دل على انه غير مبني على هذا بل هو بناء على جزئية حصلت بين الواطئ والموطوءة بواسطة الولد بل حصل الاتحاد بينهما لان اضافة الولد الى كل واحد منهما على سبيل الكمال دليل اتحادهما والجزئية واتحاد كل واحد منهما يوجب الجزئية الا ان هذا الاتحاد حكمي غير حقيقي فيوجب حق الحرية لا حقيقتها وبعد الانفصال ايضا تبقى الجزئية حكما لا حقيقة فاوجب حكما مؤجلا الى ما بعد الموت•

قوله وبقاء الجزئية حكما باعتبار النسب وهو من جانب الرجال اي بقاء الجزئية حكما انما يكون بحكم جزئيته موكدة بثبات النسب والاصل في ثبات النسب هو الاب فان الولد ينسب الى ابيه والام تنسب اليه بواسطة الولد فلهذا تثبت الجزئية في حقهم لا في حقهن حتى لو تزوج عبد حرة ثم ملكت الحرة زوجها وقد ولدت منه لم يثبت له عتق مؤجل الى موتها حتى لا يعتق بموتها

قوله لان الاستيلاد لا يتجزى يريد به انه اذا امكن تكميله بان يتملك نصيب صاحبه بالضمان

لوجود المانع منه فلابد من الدعوة بمنزلة ملك اليمين من غير وطئ بخلاف العقد لان الولد تعين مقصودا فيه فلا حاجة الى الدعوة فان جاءت بعد ذلك بولد ثبت نسبه بغير اقرار معناه بعد اعتراف منه بالولد الاول لانه بدعوى الولد الاول تعين الولد مقصودا منها فصارت فراشا كالمعقودة بعقد النكاح الا انه اذا نفاه ينتفي بقوله لان فراشها ضعيف حتى يملك نقله بالتزويج بخلاف المنكوحة حيث لا ينتفى الولد بنفيه الا باللعان لتأكد الفراش حتى لا يملك ابطاله بالتزويج وهذا الذي ذكرناه حكم فاما الديانة فان كان وطئها وحصنها ولم يعزل عنها يلزمه ان يعترف به ويدعي لان الظاهر ان الولد منه وان عزل عنها اولم يحصنها جاز له ان ينفيه لان هذا الظاهر يقابله ظاهر آخر هكذا روي عن ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه *

اما اذا لم يمكن تكميله بان استولد مدبرة مشتركة بينه وبين غيره يقتصر على نصيبه عند ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه *

قوله لوجود المانع وهو ذهاب التقوم عند ابي حنيفة رحمه الله ونقصان القيمة عندهما **قوله** الا انه اذا نفاه ينتفي بقوله اي من غير لعان وفى المبسوط وانما يملك نفيه مالم يقض القاضي به اولم يتطاول ذلك فاما بعد قضاء القاضي فقد لزمه بالقضاء على وجه لايملك ابطاله وكذلك بعد التطاول لانه وجد منه دليل الاقرار في هذه المدة من قبول التهنية ونحوه فيكون كالتصريح بالاقرار واختلافهم في مدة التطاول قد سبق فى اللعان **قوله** فان كان وطئها وحصنها المراد من التحصين هو ان يحفظها عما يوجب ريبة الزنا وان عزل عنها اولم يحصنها جاز له ان ينفيه **قوله** لان هذا الظاهر وهو ان يكون الولد من المولى باعتبار ان الظاهر عدم الزنا يقابله ظاهر آخر اي يعارضه ظاهر آخر وهو ان يكون الولد من الزنا لوجود احد الدليلين وهما العزل وعدم التحصين وهذا مروي عن ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه

وفيه روايتان اخريان عن ابي يوسف وعن محمد رحمهما الله ذكرناهما في كفاية المنتهي وان زوجها فجاءت بولد فهو في حكم امه لان حق الحرية يسري الى الولد كالتدبير الا ترى ان ولد الحرة حر وولد القنة رقيق والنسب يثبت من الزوج لان الفراش له وان كان النكاح فاسدا اذ الفاسد ملحق بالصحيح في حق الاحكام ولو ادعاه المولى لا يثبت نسبه منه لانه ثابت النسب من غيره ويعتق الولد وتصير امه ام ولد له لاقراره واذا مات المولى عتقت من جميع المال لحديث سعيد بن المسيب ان النبي صلى الله عليه وسلم امر بعتق امهات الاولاد

قوله وفيه روايتان اخريان عن ابي يوسف وعن محمد رحمهما الله تعالى اي عن كل واحد رواية ويدل عليه اعادة كلمة عن روي عن ابي يوسف رحمة الله تعالى عليه انه اذا وطئها ولم يستبرئها بعد ذلك حتى جاءت بالولد فعليه ان يدعيه سواء عزل عنها او لم يعزل حصنها او لم يحصنها تحصينا للظن لها وحملا لامرها على الصلاح وعن محمد رحمة الله تعالى عليه انه قال لا ينبغي له ان يدعي النسب اذا لم يعلم انه منه ولكن ينبغي له ان يعتق الولد ويستمتع بها ويعتقها بعد موته لان استلحاق نسب ليس منه لا يحل شرعا فيحتاط من الجانبين **قوله** وان كان النكاح فاسدا وفي الايضاح اراد بالفاسد هنا ما اذا اتصل به الدخول وهو حينئذ في اثبات النسب ملحق بالنكاح الصحيح وكان الفراش فيه ما هو الثابت في النكاح الصحيح فكان اقوى من فراش ام الولد **قوله** ولو ادعاه المولى لا يثبت نسبه منه لانه ثابت النسب من غيره ويعتق الولد وتصير امه ام ولد له لاحتمال ان يكون الولد ثابت النسب من المولى بعلوق سبق النكاح او شبهه بعد النكاح الا ان هذا الاحتمال غير معتبر في حق النسب لثبوت النسب من الزوج واستغنائه

وان لا يبعن في دين ولا يجعلن من الثلث ولان الحاجة الى الولد اصلية فتقدم على حق الورثة والدين كالتكفين بخلاف التدبير لانه وصية بما هو من زوائد الحوائج ولا سعاية عليها في دين المولى للغرماء لما روينا ولانها ليست بمال متقوم حتى لا تضمن بالغصب عند ابي حنيفة رحمه الله فلا يتعلق بها حق الغرماء كالقصاص بخلاف المدبر لانه مال متقوم واذا اسلمت ام ولد النصراني فعليها ان تسعى في قيمتها وهي بمنزلة المكاتب لا تعتق حتى تؤدي السعاية وقال زفر رحمه الله تعتق في الحال والسعاية دين عليها وهذا الخلاف فيما اذا عرض على المولى الاسلام فابى فان اسلم تبقى على حالها له ان ازالة الذل عنها بعد ما اسلمت واجبة وذلك بالبيع او الاعتاق وقد تعذر البيع فتعين الاعتاق ولنا ان النظر من الجانبين في جعلها مكاتبة لانه يندفع الذل عنها بصيرورتها حرة يدا والضرر عن الذمي لانبعاثها على الكسب نيلا لشرف الحرية فيصل الذمي الى بدل ملكه اما لو اعتقت وهي مفلسة تتوانى في الكسب

عن النسب فبقي معتبرا في حق الام لانها محتاجة الى حق امية الولد بخلاف ما اذا اقر بالاستيلاد بالزنا لانه احتمال للنسب مع تصريحه بالزنا ٠

قوله وان لا يبعن وفي بعض النسخ وان لا يسعين **قوله** فلا يتعلق بها حق الغرماء كالقصاص يعني اذا مات من له القصاص وهو مديون فليس لارباب الديون ان يأخذ وامن عليه القصاص بدينهم ويستوفوا منه ديونهم بمقابلة ما وجب عليه القصاص من ديونهم لان القصاص ليس بمتقوم حتى يأخذ وابمقابلته شيئا متقوما وقيل معناه اذا قتل المديون شخصا لا يقدر الغرماء على منع ولي القصاص من استيفاء القصاص وقيل معناه اذا قتل رجل مديونا والمديون قد عفا فلا يقدر الغرماء على منع المديون عن العفو ٠

ومالية ام الولد يعتقدها الذمي متقومة فيترك وما يعتقده ولانها ان لم تكن متقومة فهي محترمة وهذا يكفي لوجوب الضمان كما في القصاص المشترك اذا عفا احد الاولياء يجب المال للباقين ولو مات مولاها عتقت بلا سعاية لانها ام ولد له ولو عجزت في حيوته لا ترد قنة لانها لو ردت قنة اعيدت مكاتبة لقيام الموجب ومن استولد امة غيره بنكاح ثم ملكها صارت ام ولد له وقال الشافعي رحمة الله تعالى عليه لا تصير ام ولد له ولو استولدها بملك يمين ثم استحقت ثم ملكها تصير ام ولد له عندنا وله فيه قولان وهو ولد المغرور له انها علقت برقيق فلا تكون ام ولد كما اذا علقت من الزنا ثم ملكها الزاني وهذا لان امومية الولد باعتبار علوق الولد حرا لانه جزء الام في تلك الحالة والجزء لا يخالف الكل

قوله ومالية ام الولد جواب عما يلزم على ابي حنيفة رحمه الله ان مالية ام الولد غير متقومة عنده فاجاب ان مالية ام الولد متقومة في اعتقاد الذمي فيترك وما يعتقده كما في مالية الخمر والثاني ان مالية ام الولد وان لم تكن متقومة ولكن ملكه فيها محترم وقد احتبس عندها بمعنى من جهتها وهذا يكفي لوجوب الضمان كالقصاص فانه ليس بمال متقوم ثم اذا احتبس نصيب احد الشريكين بعفو صاحبه يلزمه بدله فان قيل لو كان احترامها كافيا لوجوب الضمان ينبغي ان يجب الضمان بغصب ام الولد لما انها حرام التعرض بالغصب ومع ذلك لا يجب الضمان به عند ابي حنيفة رحمه الله قلنا انما لم يجب الضمان به على قوله لان مبنى ضمان الغصب على المماثلة لقوله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم لان الغصب من الاعتداد ولا مساواة بين ماضمن به من المال وبين مالية ام الولد لانها غير متقومة فلما لم تثبت المساواة لم يجب الضمان كما في غصب المنافع لم يجب الضمان لهذا المعنى **قوله** لقيام الموجب وهو وجوب ازالة الذل عنها بعد ما اسلمت

ولنا ان السبب هو الجزئية على ما ذكرنا من قبل والجزئية انما تثبت بينهما بنسبة الولد الواحد الى كل واحد منهما كملا وقد ثبت النسب فتثبت الجزئية بهذه الواسطة بخلاف الزنا لانه لا نسب فيه للولد الى الزاني وانما يعتق على الزاني اذا ملكه لانه جزؤه حقيقة بغير واسطة نظيره من اشترى اخاه من الزنا لا يعتق لانه ينسب اليه بواسطة نسبته الى الوالد وهي غير ثابتة واذا وطئ جارية ابنه فجاءت بولد فادعاه ثبت نسبه منه وصارت ام ولد له وعليه قيمتها وليس عليه عقرها ولا قيمة ولدها وقد ذكرنا المسئلة بدلائلها في كتاب النكاح من هذا الكتاب وانما لا يضمن قيمة الولد لانه انعلق حر الاصل لاستناد الملك الى ما قبل الاستيلاد وان وطئ اب الاب مع بقاء الاب لم يثبت النسب لانه لا ولاية للجد حال قيام الاب

قوله ولنا ان السبب هو الجزئية اي الجزئية مع النسبة الى الاب لانه اذا ثبت النسب من كل واحد منهما يضاف الى كل واحد منهما على سبيل الكمال فيصير هي منسوبة اليه باعتبار هذه الواسطة فصار نفسها كنفسه لما صار بعضها كبعضه ثم لو ملكه نفسه يعتق عليه من كل وجه فاما اذا ملك نفسه من وجه عتق عليه من وجه وهذا متقرر متى ثبت نسب الولد بنكاح او ملك فاما اذا استولدها بالزنا واقر بذلك ثم ملكها يصير ام ولده قياسا وهو قول زفر رحمة الله تعالى عليه لانه ولده حقيقة حتى لو ملكه يعتق عليه فكذا امها تكون ام ولده وفي الاستحسان لا تصير ام ولد له لان الموجب لحق العتق لها صيرورتها منسوبة اليه بواسطة الولد ولم يوجد هنا لان نسب الولد بالزنا لا يثبت ولا تصير هي منسوبة اليه بدون هذه الواسطة وانما عتق عليه الولد لو ملكه لانه جزؤه حقيقة وكما لا يستديم للانسان الملك على نفسه لا يستديم الملك على جزئه **قوله** نظيره من اشترى اخاه من الزنا اي اخاه لاب لانه ينسب اليه بواسطة نسبته الى الوالد وهي غير ثابتة فاما اذا اشترى اخاه لام من الزنا يعتق عليه **قوله** واذا وطئ جارية

ولو كان الاب ميتا يثبت من الجد كما يثبت نسبه من الاب لظهور ولايته عند فقد الاب وكفر الاب ورقه بمنزلة موته لانه قاطع للولاية واذا كانت الجارية بين الشريكين فجاءت بولد فادعاه احدهما ثبت نسبه منه لانه لما ثبت النسب في نصفه لمصادفته ملكه ثبت في الباقي ضرورة انه لايتجزى لما ان سببه لايتجزى وهوالعلوق اذ الولد الواحد لا ينعلق من مائين وصارت ام ولد له لان الاستيلاد لايتجزى عندهما وعند ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه يصير نصيبه ام ولد له ثم يتملك نصيب صاحبه اذ هو قابل للملك ويضمن نصف عقرها لانه وطئ جارية مشتركة اذ الملك يثبت حكما للاستيلاد فيتعقبه الملك في نصيب صاحبه بخلاف الاب اذا استولد جارية ابنه لان الملك هنالك يثبت شرطا للاستيلاد فيتقدمه فصار واطئا ملك نفسه ولايغرم قيمة ولدها لان النسب يثبت مستندا الى وقت العلوق فلم ينعلق شيء منه على ملك الشريك

ابنه يريد بها القنة لانها محل التملك حتى لو كانت مدبرة وام ولد الابن بحيث لا ينتقل الى الاب بالقيمة فدعوته باطلة ثم دعوة الاب انما تصح بشرط ان الجارية في ملك الابن وقت العلوق ووقت الدعوة وان لا يخرج من ملك الابن فيمابين ذلك حتى يمكن استناد الملك الى ماقبل الاستيلاد ●

قوله ولوكان الاب ميتا يثبت من الجد هذا اذا جاءت به بعد موت الاب لستة اشهر فصاعدا واما اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر لايثبت من الجد **قوله** لا ينعلق من مائين اي من ماء رجلين **قوله** بخلاف الاب اذا استولد جارية ابنه لان الملك هنا يثبت شرطا للاستيلاد فيتقدمه فصار واطئا ملك نفسه فان قيل التملك انمايثبت ضرورة تصحيح الاستيلاد فيثبت سابقا عليه فيبقى ماوجد من فعل الوطئ سابقا على العلوق

وان ادعياه معا ثبت نسبه منهما معناه اذا حملت على ملكهما وقال الشافعي رحمه الله يرجع الى قول القائف لان اثبات النسب من شخصين مع علمنا ان الولد لا ينخلق من مائين متعذر فعملنا بالشبه وقد سر رسول الله صلى الله عليه وسلم بقول القائف في اسامة رضي الله تعالى عنه ولنا كتاب عمر رضي الله تعالى عنه الى شريح في هذه الحادثة لبسا فلبس عليهما ولو بينا لبين لهما وهو ابنهما يرثهما ويرثانه

في غير الملك فينبغي ان يجب العقر قلنا الاستيلاد عبارة عن جميع الفعل الذي يحصل به الولد فلم يعتبر تعدد الفعل مع اتحاد المطلوب فتقدم الملك على جملة الفعل فيقع الوطئ في الملك •

قوله معناه اذا حملت على ملكهما وانما قيد بهذا لانه اذا كان الحمل على ملك احدهما نكاحا ثم اشتراها هو وآخر فهي ام ولد له لان نصيبه منها صار ام ولد له والاستيلاد لا يحتمل التجزي فيثبت في نصيب شريكه ايضا **قوله** وقال الشافعي رحمه الله يرجع الى قول القافة هي جمع القائف وهم جماعة يعرفون بانهم يعرفون اولاد الناس بالشبه تمسك الشافعي رحمه الله بما قالت عائشة رضي الله عنها دخلت على رسول الله عليه السلام واسارير وجهه تبرق من السرور وقال اما ترين يا عائشة ان مجزز المدلجي مر باسامة وزيد وهما نائمان تحت لحاف واحد وقد غطيا رؤسهما وبدت اقدامهما فقال هذه الاقدام بعضها من بعض فسرور رسول الله عليه السلام بقول القائف دليل على ان قوله حجة في النسب وقلنا ان قول القائف رجم بالغيب ودعوى بما استأثر الله تعالى بعلمه في قوله تعالى ويعلم ما في الارحام ولا برهان له في قوله مع انه كان في قوله قذف المحصنات ونسبة الاولاد الى غير الاباء ومجرد الشبه غير معتبر الا ترى ان الله تعالى

وهو للباقي منهما وكان ذلك بمحضر من اصحابه رضي الله عنهم اجمعين وعن علي رضه مثل ذلك ولانهما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان فيه والنسب وان كان لا يتجزى ولكن تتعلق به احكام متجزية فما يقبل التجزية يثبت في حقهما على التجزية وما لا يقبلها يثبت في حق كل واحد منهما كملا كانه ليس معه غيره الا اذا كان احد الشريكين اب الآخر او كان احدهما مسلما والآخر ذميا لوجود المرجح في حق المسلم وهو الاسلام وفي حق الاب وهو ماله من الحق في نصيب الابن وسرور النبي صلى الله عليه وسلم فيما روي لان الكفار كانوا يطعنون في نسب اسامة رضي الله تعالى عنه وكان قول القائف مقطعا لطعنهم فسر به *

قال وكانت الامة ام ولد لهما لصحة دعوة كل واحد منهما في نصيبه في الولد فيصير نصيبه منها ام ولد له تبعا لولدها وعلى كل واحد منهما نصف العقر قصاصا بماله على الآخر ويرث الابن من كل واحد منهما ميراث ابن كامل لانه اقر له بميراثه كله وهو حجة في حقه ويرثان منه ميراث اب واحد لاستوائهما في السبب

حكم باللعان بين الزوجين عند نفي النسب ولم يأمر بالرجوع الى قول القائف واعتبار الشبه وانما سر به عليه السلام لان الكفار كانوا يطعنون في نسب اسامة بن زيد لاختلاف لونهما وكانوا يعتقدون ان عند القائف علما بذلك فكان قول القائف رد الطعن الكفار لالان قول القائف حجة في النسب شرعا كذا في المبسوط *

قوله وهو للباقي منهما حتى اذا مات هذا الابن يكون كل ميراث الابن لهذا الاب الباقي ولا يجعل النصف لهذا الاب والنصف لورثة الاب الميت **قوله** ولكن تتعلق به احكام متجزية كالنفقة والارث وولاية التصرف في ماله والحضانة ومالا يقبل التجزية كالنسب وولاية الانكاح **قوله** وعلى كل واحد منهما

كما اذا اقاما البينة واذا وطيء المولى جارية مكاتبة فجاءت بولد فادعاه فان صدقه المكاتب ثبت نسب الولد منه وعن ابي يوسف رحمة الله تعالى عليه انه لا يعتبر تصديقه اعتبارا بالاب يدعي ولد جارية ابنه ووجه الظاهر والفرق ان المولى لا يملك التصرف في اكساب مكاتبه حتى لا يتملكه والاب يملك تملكه فلا معتبر بتصديق الابن ٭

قال وعليه عقرها لانه لا يتقدمه الملك لان ماله من الحق كاف لصحة الاستيلاد لما نذكره ٭

نصف العقر قصاصا بماله على الآخر فان قيل لا فائدة في وجوب العقر لانه يصير قصاصا قلنا فيه فائدة فربما يبرئ احدهما عن حقه فيبقى حق آخر فتتوجه المطالبة ٭

قوله كما اذا اقاما البينة اي اذا اقاما البينة على شيء واحد يكون ذلك الشيء بينهما على السواء فكذا هذا واما اذا اقاما البينة على مجهول النسب فالحكم هكذا **قوله** وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يعتبر تصديقه اي لا يشترط تصديق المكاتب بل يثبت بمجرد دعوة المولى كما في الاب والجامع بينهما ان جارية المكاتب كسب كسب المولى فكذلك جارية الابن كسب كسب الاب اويقول للمولى في المكاتب ملك الرقبة وليس للاب على الابن ملك الرقبة ولا ملك اليد بل للاب في مال الابن حق التملك وحق الملك اقوى من حق التمليك فلما ثبت للاب نسب الولد من جارية الابن بدون الملك على الابن وعلى جاريته بغير تصديق الابن فلان يثبت للمولى نسب الولد من جارية المكاتب بغير تصديق المكاتب مع حقيقة الملك للمولى على المكاتب اولى الا ترى ان المولى لو اعتق المكاتب يصح مع انه لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم فعلم ان الملك للمولى عليه ثابت **قوله** لصحة الاستيلاد لما نذكره وهو قوله حيث اعتمد دليلا وهو انه كسب كسبه

قال وقيمة ولدها لانه في معنى المغرور حيث انه اعتمد دليلا وهو انه كسب كسبه فلم يرض برقه فيكون حرا بالقيمة ثابت النسب منه ولا تصير الجارية ام ولد له لا نه لا ملك له فيها حقيقة كما في ولد المغرور وان كذبه المكاتب في النسب لم يثبت لما بينا انه لا بد من تصديقه فلو ملكه يوما ثبت نسبه منه لقيام الموجب وزوال حق المكاتب اذ هو المانع والله تعالى اعلم بالصواب ٭

قوله وقيمة ولدها اي وعلى المولى قيمة ولد جارية مكاتبة يوم ولد **قوله** فلو ملكه يوما اي لو ملك المولى يوما ولد جارية المكاتب الذي ادعاه وكان لم يثبت نسبه عند الدعوة بسبب تكذيب المكاتب يثبت نسبه عند ملكه اياه وذكر في المبسوط واذا ملك المولى الجارية اي في صورة التصديق يوما من الدهر صارت ام ولد له لانه ملكها وله منها ولد ثابت النسب وان كذبه المكاتب ثم ملكه يوما ثبت نسبه منه لان حق الملك له في المحل كان مثبتا للنسب منه عند صحة دعوته الا انه امتنع صحة دعوته بمعارضة المكاتب اياه بالتكذيب وقد زالت هذه المعارضة حين ملكه لقيام الموجب وهو الاقرار بالاستيلاد والله تعالى اعلم بالصواب ٭



كتاب الايمان

قال الايمان على ثلثة اضرب اليمين الغموس و يمين منعقدة ويمين لغوفالغموس هوالحلف على امرماض يتعمد الكذب فيه نهذه اليمين يأثم فيها صاحبها لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف كاذبا ادخله الله النار ولاكفارة فيها الا التوبة والاستغفار وقال الشافعي رحمة الله تعالى عليه فيها الكفارة لانها شرعت لرفع ذنب هتك حرمة اسم الله تعالى

كتاب الايمان

اليمين فى اللغة عبارة عن القوة قال الله تعالى لاخذنا منه باليمين وقال الشماخ اذا ماراية رفعت لمجد تلقتها عرابة باليمين وفى الشريعة عبارة عن عقد قوي به عزم الحالف على الفعل او الترك وسمي هذا العقد بها لان العزيمة ينقوى بها واما شرطها ففى الحالف كونه عاقلا بالغا و فى الحلف كونه خبرا محتملا للصدق والكذب عندنا وعند الشافعي رحمه الله نفس الخبر واما حكمها فالبر حال بقاء اليمين اذ اوجب تحقق البر وقيد به لان من الايمان مالا يجب تحقق البر فيها كما اذا حلف على معصية والكفارة عند فوات البر خلفا عنه وهي نوعان يمين بالله تعالى اوصفته ويمين بغيره تعالى فالاولى مشروعة

وقد تحقق بالاستشهاد بالله كاذبا فاشبه المعقودة ولنا انها كبيرة محضة والكفارة عبادة

بالكتاب قال الله تعالى وتالله لاكيدن اصنامكم والسنة قال صلى الله عليه وسلم والله لاغزون قريشا والاجماع فالصحابة رضي الله تعالى عنهم ومن بعدهم يحلفون وذكر في المبسوط ان اليمين على نوعين نوع يعرفه اهل اللغة وهو ما يقصد به تعظيم المقسم به ويسمون ذلك قسما الا انهم لا يخصون ذلك بالله وفي الشرع هذا النوع من اليمين اي تعظيم المقسم به لا يكون الا بالله تعالى فهو المستحق للتعظيم بذاته على وجه لا يجوز هتك حرمة اسمه بحال والنوع الآخر الشرط والجزاء وهو يمين عند الفقهاء لما فيها من معنى اليمين وهو المنع او الايجاب ولكن اهل اللغة لا يعرفون ذلك لانه ليس فيه معنى التعظيم قال رضي الله تعالى عنه الايمان على ثلثة اوجه اليمين الغموس وفي بعض النسخ يمين الغموس على الاضافة في المغرب هو خطأ لغة وسماعا وفيه سميت غموسا لانها تغمس صاحبها في الاثم ثم في النار فالغموس هي الحلف على امر ماض وذكر المضي ليس على الشرط فانها تكون في الحال ايضا نحو قوله والله ما لهذا علي دين وهو يعلم خلافه وهي ليست بيمين على الحقيقة لان اليمين عقد مشروع وهذه كبيرة محضة والكبيرة ضد المشروع ولكن سماه يمينا مجازا لان ارتكاب هذه الكبيرة باستعمال صورة اليمين كما سمى النبي صلى الله عليه وسلم بيع الحرة بيعا لان ارتكاب تلك الكبيرة باستعمال صورة البيع ثم لا تنعقد هذه اليمين فيما هو حكمها في الدنيا عندنا ولكنها توجب التوبة والاستغفار وعند الشافعي رحمه الله تنعقد موجبة للكفارة فمن اصله محل اليمين نفس الخبر وشرط انعقادها القصد الصحيح وعندنا محل اليمين خبر فيه رجاء الصدق لانها تنعقد موجبة للبر ثم الكفارة خلف عنه عند فوات البر فالخبر الذي لا يتصور فيه الصدق لا يكون محلا لليمين والعقد لا ينعقد بدون محله وحجته قوله تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو في ايمانكم

حتى تتأدى بالصوم وتشترط فيها النية فلا تناط بها بخلاف المعقودة لانها مباحة

ولكن يؤاخذكم بما كسبت قلوبكم فالله تعالى اثبت المؤاخذة في اليمين المكسوبة والغموس بهذه الصفة لانها مقصودة بالقلب ثم فسر هذه المؤاخذة بالكفارة في قوله ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان معناه بما قصدتم فالعقد هو القصد ومنه سميت النية عقدة فاوجب الكفارة موصولة باليمين بقوله فكفارته لان الفاء للوصل وقال في آخر الآية ذلك كفارة ايمانكم اذا حلفتم والكفارة بنفس الحلف انما يجب في الغموس والمراد بقوله تعالى واحفظوا ايمانكم الامتناع من الحلف وحجتنا فيه قوله تعالى ان الذين يشترون بعهد الله وايمانهم ثمنا قليلا الآية فقد بين الله تعالى جزاء اليمين الغموس بالوعيد في الآخرة فلو كانت الكفارة فيها واجبة لكان الاولى بيانها وقال عليه السلام خمس من الكبائر لا كفارة فيهن وذكر فيها اليمين الفاجرة والمعنى فيه انها غير معقودة لان عقد اليمين للحظر او للايجاب وذلك لا يتحقق في الماضي والخبر الذي ليس فيه توهم الصدق والعقد لا ينعقد بدون محله كالبيع لا ينعقد على ما ليس بمال لخلوه عن موجب البيع وهو تمليك المال ولان الغموس محظور محض فلا يصلح سببا للكفارة كالزنا والردة وهذا لان المشروعات تنقسم ثلثة اقسام عبادة محضة وسببها مباح محض وعقوبة محضة كالحدود وسببها محظور محض وكفارات وهي تتردد بين العبادة والعقوبة فمن حيث انها لا تجب الا جزاء تشبه العقوبة ومن حيث انه يعنى بها ولا يتادى الا بنية العبادة ويتأدى بما هو محض العبادة كالصوم يشبه العبادة فينبغي ان يكون سببها مترددا بين الحظر والاباحة وذلك المعقودة على امر في المستقبل باعتبار تعظيم حرمة اسم الله تعالى مباح وباعتبار هتك هذه الحرمة بالحنث محظور فيصلح سببا للكفارة فاما الغموس فمحظور محض لان الكذب بدون الاستشهاد بالله محظور محض فمع الاستشهاد بالله تعالى اولى

ولو كان فيها ذنب فهو متأخر متعلق باختيار مبتدأ وما في الغموس ملازم فيمتنع الالحاق والمنعقدة ما يحلف على امر في المستقبل ان يفعله او لا يفعله واذا حنث في ذلك لزمته الكفارة لقوله تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو في ايمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان وهو ما ذكرنا ويمين اللغو ان يحلف على امر ماض وهو يظن انه كما قال والامر بخلافه فهذه اليمين نرجو ان لا يؤاخذ الله بها صاحبها ومن اللغو ان يقول والله انه لزيد وهو يظنه زيدا وانما هو عمرو والاصل فيه قوله تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو في ايمانكم ولكن يؤاخذكم الآية

فلا يصلح سببا للكفارة ثم الكفارة تجب خلفا عن البر الواجب باليمين ولهذا لا تجب في المعقودة على امر في المستقبل الا بعد الحنث لان قبل الحنث ما هو الاصل قائم وهذا انما يتصور في خبر فيه توهم الصدق انه ينعقد موجبا للاصل ثم الكفارة خلفا ومعنى قوله تعالى ذلك كفارة ايمانكم اذا حلفتم وحنثتم كما في قوله تعالى فمن كان منكم مريضا او على سفر فعدة من ايام اخر معناه فافطر فعدة من ايام اخر والمراد بقوله تعالى ولكن يؤاخذكم بما كسبت قلوبكم المؤاخذة بالوعيد في الآخرة •

قوله ولو كان فيها ذنب فهو متأخر اي لو كان في المعقودة ذنب وهو الحنث بهتك حرمة اسم الله تعالى فهو متأخر عن وقت اليمين فيرتفع اليمين اذا وجد واما الذنب في الغموس وهو هتك حرمة اسم الله تعالى فمقارن فيمنعها عن الانعقاد فكانت اليمين في الغموس غير منعقدة فلما كان كذلك لم يلزم من وجوب الكفارة في المنعقدة وجوبها في الغموس ولانه قارنها ما يحلها ولو طرء عليها رفعها فاذا قارنها مع انعقادها كالردة والرضاع في النكاح والمنعقدة ان يحلف على امر في المستقبل ان يفعله او لا يفعله وهي في وجوب الحفظ اربعة انواع نوع منها ما يجب

الا انه علقه بالرجاء للاختلاف في تفسيره

قال والقاصد فى اليمين والمكره والناسي سواء حتى تجب الكفارة لقوله صلى الله عليه وسلم ثلث جد هن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق واليمين والشافعي رحمه الله يخالفنا في ذلك وسنبين فى الاكراه ان شاء الله تعالى ومن فعل المحلوف عليه مكرها اوناسيا فهو سواء لان الفعل الحقيقي لا ينعدم بالاكراه وهوالشرط وكذا اذا فعله وهو مغمى عليه او مجنون لتحقق الشرط حقيقة

يجب اتمام البر فيها وهوان ينعقد على فعل طاعة امر بها او امتناع من معصيته وذلك فرض عليه قبل اليمين وباليمين يزداد وكادة ونوع منها لا يجوز حفظها وهوان يحلف على ترك طاعة اوفعل معصية لقوله عليه السلام من حلف ان يطيع الله فليطعه ومن حلف ان يعصى الله فلا يعصه ونوع يتخير فيه بين الحنث والبر والحنث خير من البر فيندب فيه للحنث لقوله عليه السلام من حلف على اليمين ورأى غيرها خيرا منها فليأت بالذي هو خير وليكفر يمينه وادنى موجبات الامر الندب ونوع يستوي فيه فعل البر والحنث فى الاباحة فيتخير بينهما وحفظ اليمين اولى لظاهر قوله تعالى واحفظوا ايمانكم وحفظ اليمين يكون بعد وجودها فعرفنا ان المراد به حفظ البر ومتى حنث في هذه اليمين فعليه الكفارة *

قوله الا انه علقه بالرجاء جواب عما يقال نفي المؤاخذة باللغو منصوص عليه في كتاب الله تعالى والمنصوص مقطوع به فما معنى تعليقه بالرجاء فاجاب بان صورة يمين اللغو مختلف فيما بين العلماء وانما علق بالرجاء نفي المؤاخذة باللغو فى الصورة التي ذكرها وذلك غير معلوم بالنص قطعا فجاز تعليقها بالرجاء **قوله** للاختلاف في تفسيره وما ذكر فى الكتاب من تفسير اللغو مروي عن زرارة بن ابي اوفي وعن ابن عباس رضي الله عنهما في احدى الروايتين

تك

ولوكانت الحكمة رفع الذنب فالحكم يدور على دليله وهوالحنث لا على حقيقة الذنب والله تعالى اعلم بالصواب *

وروي عن محمد رحمة الله تعالى عليه انه قال هوقول الرجل في كلامه لا والله وبلا والله وهوقريب من قول الشافعي رحمة الله تعالى عليه فان عنده اللغو ما يجري على اللسان من غير قصد في الماضي كان اوفي المستقبل وهواحدى الروايتين عن ابن عباس رضي الله تعالى عنه وروت عائشه رضي الله تعالى عنها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال في تفسير اللغو لا والله وبلى والله وتاويله عندنا فيما يكون خبرا عن الماضي فان اللغو مايكون خاليا عن الفائدة والخبر في الماضي خال عن فائدة اليمين على ماقررنا فكان لغوا واما الخبر في المستقبل فعدم القصد لا يعدم فائدة اليمين وقد وردا لشرع بان الهزل والجد في اليمين سواء والناسي في اليمين ان يذهب عن التلفظ باليمين ثم يتذكر انه تلفظ بلفظ اليمين ناسيا بان يقول لغيره الاتأتينا فيقول بلى والله غيرقاصد لليمين وفي بعض النسخ ذكر الخاطئ مكان الناسي وهوان يريدان يسبح فجرى على لسانه اليمين *

قوله ولوكانت الحكمة رفع الذنب هذاجواب سؤال وهوان يقال الكفارة شرعت لاجل سترالذنب ولاذنب في المجنون اذااتى المحلوف عليه فينبغي ان لاتجب الكفارة عليه فقال الحكمة وهووجوب الكفارة دائر مع دليل الذنب وهو الحنث لامع حقيقة الذنب كوجوب الاستبراء دائر مع دليل شغل الرحم وهو استحداث الملك لا مع حقيقة الشغل حتى انه يجب وان لم يوجد الشغل اصلا بان اشترى جارية بكرا اواشتراها من امرأة والله تعالى اعلم بالصواب ٭

باب ما يكون يمينا وما لا يكون يمينا

قال واليمين بالله تعالى او باسم آخر من اسماء الله تعالى كالرحمن والرحيم او بصفة من صفاته التي يحلف بها عرفا كعزة الله وجلاله وكبريائه لان الحلف بها متعارف ومعنى اليمين وهو القوة حاصل لانه يعتقد تعظيم الله وصفاته فصلح ذكره حاملا ومانعا

باب ما يكون يمينا وما لا يكون يمينا

قوله واليمين بالله تعالى اي بهذا الاسم او باسم آخر من اسمائه كالرحمن والرحيم او بصفة من صفاته فالاسم هنا عبارة عن لفظ دل على الذات مع صفة كالرحمن والرحيم والعالم والصفة عبارة عن المصادر التي تحصل عن وصف الله تعالى باسماء فاعليها وجميع اسماء الله تعالى في ذلك سواء تعارف الناس الحلف به اولم يتعارفوا هو الظاهر من مذهب اصحابنا وهو الصحيح لان الحلف باسم الله تعالى ثبت بقوله عليه السلام فمن كان منكم حالفا فليحلف بالله اوليذر والحلف بسائر اسمائه حلف بالله وما ثبت بالنص او بدلالته لا يراعى فيه العرف وقال بعض اصحابنا كل اسم لا يسمى به غير الله كالرحمن فهو يمين وما يسمى به غير الله تعالى كالحكيم العليم والقادر فان اراد به يمينا فهو يمين وان لم يرد به يمينا لم يكن يمينا **قوله** من صفاته التي يحلف بها عرفا كعزة الله وجلاله وكبريائه وقال العراقيون من مشايخنا الحلف بصفات الذات كالقدرة والعظمة والعزة والجلالة والكبرياء يمين والحلف بصفات الفعل كالرحمة والسخط والغضب والرضاء ليس بيمين وقالوا صفة الذات مالا يجوز ان يوصف بضده وصفة الفعل ما يجوز ان يوصف بضده فانه يقال يرضى بالايمان ولا يرضى بالكفر وقالوا ان ذكر صفات الذات كذكر الذات وذكر صفات

قال الا قوله وعلم الله فانه لا يكون يمينا لانه غير متعارف ولانه يذكر ويراد به المعلوم يقال اللهم اغفر علمك فينا اي معلومك ولو قال وغضب الله وسخطه لم يكن حالفا وكذا ورحمة الله لان الحلف بها غير متعارف ولان الرحمة قد يراد بها اثرها وهو المطر والجنة والغضب والسخط يراد بهما العقوبة ومن حلف بغير الله لم يكن حالفا كالنبي والكعبة لقوله صلى الله عليه وسلم من كان منكم حالفا فليحلف بالله اوليذر وكذا اذا حلف بالقرآن لانه غير متعارف قال رضي الله تعالى عنه معناه ان يقول والنبي والقرآن اما لو قال انا بريء منه يكون يمينا

غير مرضي عندنا لانهم يقصدون بهذا الطريق الاشارة الى مذهبهم ان صفات الله تعالى غير الذات والمذهب عندنا ان صفات الله لا هو ولا غيره وكلها قديمة فلا يستقيم الفرق بين صفات الذات صفات الفعل والاصح هو اختيار مشايخ ما وراء النهر ان الايمان مبنية على العرف والعادة ولهذا قال محمد رحمة الله تعالى عليه وامانة الله انه يمين ثم لما سئل عن معناه قال لا ادري فكانه وجد العرب يحلفون بامانة الله تعالى عادة فجعلها يمينا وقيل في معناه انه يتعذر الاشارة الى شيء بعينه على الخصوص انه امانة والحلف به متعارف فعلمنا انهم يريدون به الصفة فكانه قال والله الامين وحكى الطحاوي عن اصحابنا انه ليس بيمين لانه عبارة عن الطاعات ه

قوله ولانه يذكر ويراد به المعلوم فان قيل يقال انظروا الى قدرة الله والمراد المقدور ثم قوله وقدرة الله يمين قلنا هذا متعارف او على حذف المضاف اي الى اثر قدرة الله **قوله** ومن حلف بغير الله لم يكن حالفا فان قيل قد اقسم الله تعالى بغير ذاته وصفاته كقوله تعالى والضحى والليل اذا يغشى فكان ينبغي ان يكون القسم بغير الله مشروعا قلنا في القسم تعظيم المقسم به وقد نهي

لان التبري منهما كفر .

قال والحلف بحروف القسم وحروف القسم الواو كقوله والله والباء كقوله بالله والتاء كقوله تالله لان كل ذلك معهود في الايمان ومذكور في القرآن وقد يضمر الحرف فيكون حالفا كقوله الله لا افعل كذا لان حذف الحرف من عادة العرب ايجازا ثم قيل ينصب لانتزاع حرف خافض وقيل يخفض فتكون الكسرة دالة على المحذوف وكذا اذا قال لله في المختار لان الباء تبدل بها قال الله تعالى آمنتم له اي آمنتم به قال ابوحنيفة رحمه الله اذا قال وحق الله فليس بحالف وهو قول محمد رحمه الله تعالى واحدى الروايتين عن ابي يوسف رحمه الله تعالى وعنه رواية اخرى انه يكون يمينا لان الحق من صفات الله تعالى وهو حقيته فصار كانه قال والله الحق والحلف به متعارف

العبد عن تعظيم غير الله بالقسم فيجب عليه الانتهاء واما الله تعالى فله ان يثبت الحرمة لما شاء اي وقت شاء وليس للعبد ذلك وفي النهاية وما اعتاد الناس من الحلف بالفارسية بجان سرتو ان اعتقدوا انه حلف واعتقد ان البر به واجب يكفر كذا في محاسن الشرائع وذكر في تتمة الفتاوى قال علي الرازي رحمه الله اخاف على من قال بحيوتي وحيوتك وما اشبه ذلك انه يكفر ولولا ان العامة يقولون ولا يعلمون لقلت انه شرك لانه لا يمين الا بالله وانما جعل الله اليمين بالله ليرعوي الرجل اي ليمتنع اذا ذكر الله فلا يحلف هو واذا حلف بغير الله تعالى فكانه اشرك معه وقال ابن مسعود رضي الله عنه لان احلف بالله كاذبا احب الي من ان احلف بغير الله صادقا *

قوله لان التبري منهما كفر وتعليق الكفر بالشرط يمين كما اذا قال ان فعلت كذا فانا يهودي

قوله وعنه رواية اخرى اي عن ابي يوسف رحمه الله رواية اخرى انه يكون يمينا

قوله لان الحق من صفات الله تعالى اي من اسمائه الدالة على صفة الحقية فتكون الاضافة للبيان كما تضاف الصفة الى الموصوف في قولهم جرد قطيفة وحابية خبر فكانه قال بالله الحق

فكا

ولهما انه يراد به طاعة الله تعالى اذ الطاعات حقوقه فيكون حلفا بغير الله قالوا لو قال والحق يكون يمينا ولو قال حقا لا يكون يمينا لان الحق من اسماء الله تعالى والمنكر يراد به تحقيق الوعد ولو قال اقسم او اقسم بالله او احلف او احلف بالله او اشهد او اشهد بالله فهو حالف لان هذه الالفاظ مستعملة في الحلف وهذه الصيغة للحال حقيقة وتستعمل للاستقبال بقرينة فجعل حالفا في الحال والشهادة يمين قال الله تعالى قالوا نشهد انك لرسول الله ثم قال اتخذوا ايمانهم جنة والحلف بالله هو المعهود المشروع وبغيره محظور فصرف اليه ولهذا قيل لا يحتاج الى النية وقيل لا بد منها لاحتمال العدة واليمين بغير الله ولو قال بالفارسية سوگند ميخورم بخداى يكون يمينا لانه للحال ولو قال سوگند خورم قيل لا يكون يمينا ولو قال سوگند خورم بطلاق زنم لا يكون يمينا لعدم التعارف

قوله ولهما انه يراد به طاعة الله تعالى اي الحق اذا اضيف الى الله تعالى يراد به الطاعات فقد قيل لرسول الله عليه الصلوة والسلام ما حق الله على عباده فقال ان لا يشركوا به شيئا ويعبدوه ويقيموا الصلوة ويؤتوا الزكوة والحلف بالطاعات لا يكون يمينا لانه حلف بغير الله بخلاف ما لو قال والحق لانه من اسماء الله تعالى **قوله** ولو قال حقا لا يكون يمينا لان المنكر يراد به تحقيق الوعد اي يكون لتأكيد مضمون الجملة ومعناه افعل هذا لا محالة كما في قولهم هذا عند الله حقا فلا يكون يمينا **قوله** ولو قال اقسم او اقسم بالله او احلف او احلف بالله او اشهد او اشهد بالله فهو حالف اي اذا ذكر المقسم عليه كما اذا قال اقسم لافعلن كذا او لا افعل كذا لان الحلف بالله هو المشروع فصرف اليه ولهذا قيل لا يحتاج الى النية وقيل لا بد منها لاحتمال العدة **قوله** واليمين بالكسر عطفا على العدة اي لانه يحتمل الاستقبال ويحتمل اليمين بغير الله تعالى

قال وكذا قوله لعمر الله وايم الله لان عمر الله بقاء الله وايم الله معناه ايمن الله وهو جمع يمين وقيل معناه والله وايم صلة كما لو او والحلف باللفظين متعارف وكذا قوله وعهد الله وميثاقه لان العهد يمين قال الله تعالى واوفوا بعهد الله والميثاق عبارة عن العهد وكذا اذا قال علي نذرا ونذر الله لقوله صلى الله عليه وسلم ومن نذر نذرا فلم يسم فعليه كفارة يمين

قوله وكذا قوله لعمر الله العمر بالضم والفتح البقاء الا ان الفتح غلب في القسم لا يجوز فيه الضم والبقاء من صفات الذات فكانه قال والله الباقي وهو معطوف على قوله ولو قال اقسم وايم الله معناه ايمن الله وهو جمع يمين فخففت الهمزة وحذف النون للقسم وهذا مذهب نحوي الكوفة وقيل معناه والله وايم صلة وهو قول البصريين وذهب سيبويه الى انها كلمة اشتقت من اليمين ساكنة الاول فاجتلبت الهمزة لتعذر النطق بالساكن كما اجتلبت في ابن واشباهه فعلى هذا لا تكون الهمزة مخففة للقسم وكذا قوله وعهد الله وميثاقه لان العهد يمين اذ الحالف بالله عاهد الله ان يفعل ذلك الشيء اولا يفعله يدل عليه قوله تعالى واوفوا بعهد الله اذا عاهدتم ثم قال ولا تنقضوا الايمان بعد توكيدها والميثاق بمعنى العهد وكذا الذمة ولهذا يسمى المعاهد ذميا وكذا اذا قال علي نذر اونذر الله وفي النهاية اعلم ان ههنا اربع مسائل الاولى ان ينذر نذرا مطلقا بان يقول لله علي نذر او نذر الله فحسب فعليه كفارة يمين وهذا الالتزام لكفارة اليمين ابتداء بهذه العبارة قال عليه السلام من نذر نذرا ولم يسم فعليه كفارة اليمين والثانية ان يقول لله تعالى علي صوم يوم الجمعة اوقال علي نذر صوم يوم الجمعة فعليه الوفاء به والثالثة اذا علق نذره بشرط كما ذكرنا فعليه الوفاء بماسمي والرابعة ان يقول علي نذر ان لا افعل كذا او علي نذر الله ان لا افعل كذا فهذا ينعقد يمينا وموجبه موجب اليمين كذا ذكره الامام بدر الدين الكردري رحمة الله تعالى عليه*

وان قال ان فعلت كذا فهو يهودي او نصراني او كافر يكون يمينا لانه لما جعل الشرط علما على الكفر فقد اعتقده واجب الامتناع وقد امكن القول بوجوبه لغيره بجعله يمينا كمانقول في تحريم الحلال ولوقال ذلك لشيء قدفعله فهو الغموس ولا يكفر اعتبارا بالمستقبل وقيل يكفر لانه تنجيز معنى فصار كما اذا قال هو يهودي والصحيح انه لايكفر فيهما ان كان يعلم انه يمين وان كان عنده انه يكفر بالحلف يكفر فيهما لانه رضي بالكفر حيث اقدم على الفعل ولوقال ان فعلت كذا فعلي غضب الله او سخط الله فليس بحالف لانه دعا على نفسه ولايتعلق ذلك بالشرط ولانه غير متعارف وكذا اذا قال ان فعلت كذا فانا زان او سارق اوشارب خمر او آكل ربوا لان حرمة هذه الاشياء تحتمل النسخ والتبديل فلم تكن في معنى حرمة الاسم ولانه ليس بمتعارف

قوله وان قال ان فعلت كذا فهو يهودي او نصراني او كافر يكون يمينا وعند الشافعي رحمه الله تعالى لا يكون يمينا لانه علق الفعل بما هو معصية فصار كما لوقال ان فعلت كذا فانا زان ونحوه ولنا ما روي عن ابن عباس رضي الله عنه انه قال من حلف بالتهود والتنصر فهو يمين ولانه لما جعل ذلك الفعل علما على الكفر فقد اعتقده واجب الامتناع لان الكفر واجب الامتناع فكذا ما هو علم له وقد امكن القول بوجوب الامتناع لغيره بجعله يمينا كما في تحريم الحلال اما التشبه بتحريم الحلال فانه لما علق الكفر بالدخول مثلا فقد حرم الدخول من حيث جعله علما على الكفر لانه جعل الدخول شرطا للكفر وشرط الكفر حرام حقا لله خالصا لايحل بحال فصار بمعنى تحريم اليمين كناية عنه كتحريم الحلال فكان قوله جعلته شرطا للكفر وقوله حرمته واحدا ولان اعلام الكفر حرام كشد الزنار ولبس قلنسوة المجوس وهذا قد جعله علما فصار حراما وما كان قصده الى جعله علما فان لم يجعل

فصل فى الكفارة

قال كفارة اليمين عتق رقبة يجزي فيها مايجزي فى الظهار وان شاء كساعشرة مساكين كل واحد ثوبافما زاد وادناه مايجوزفيه الصلوة وان شاء اطعم عشرة مساكين كالاطعام في كفارةالظهار والاصل فيه قوله تعالى فكفارته اطعام عشرة مساكين الآية وكلمة او للتخيير فكان الواجب احد الاشياء الثلثة

كتحريمه بلفظه وان كان لايحرم ثم التحريم يمين فكذلك جعله علما على الكفر بخلاف قوله انازان ونحوه لان حرمة الكفر لايحتمل السقوط والنسخ كحرمة هتك الاسم وحرمة هذه الاشياء تحتمل النسخ فلم يكن نظير هتك حرمة الاسم فلم يكن يمينا وهذا اذا كان فى المستقبل فأمااذا كان فى الماضي بشيء قد فعله فهو الغموس ولا يكفر فى المروي عن ابي يوسف رحمه الله اعتبار اللماضي بالمستقبل وهذا لانه قصد به اليمين ولم يقصد به تحقيقه وقال محمد بن مقاتل يكفر لانه علق الكفر بما هو موجود والتعليق بشيء كائن تنجيز فكانه قال هو كافر والاصح انه ان كان الرجل عالما يعرف انه يمين لايكفر به فى الماضي والمستقبل وان كان جاهلا وعنده انه يكفر يكفر به فى الماضي والمستقبل لانه اذا اقدم على ذلك الفعل وعنده انه يكفر به فقد رضي بالكفر والله تعالى اعلم بالصواب •

فصل فى الكفارة

قوله قال كفارة اليمين عتق رقبة اي اعتاق رقبة **قوله** وادناه ما تجوز فيه الصلوة وهو كالسراويل وهو مروي عن محمد رحمه الله وفي رواية اخرى عنه انه قال ان اعطى الرجل يجوز وان اعطى المرأة لايجوز لانه اذا اعطى الرجل سراويل فقد اعطاه ما يستربه عورته واذا اعطاه المرأة لم يعطها مايستربه عورتها كذا فى الذخيرة لكن

قال فان لم يقدر على احد الاشياء الثلثة صام ثلثة ايام متتابعات وقال الشافعي رحمه الله يخير لاطلاق النص ولنا قراءة ابن مسعود رضي الله تعالى عنه فصيام ثلثة ايام متتابعات وهي كالخبر المشهور ثم المذكور في الكتاب في بيان ادنى الكسوة يروى عن محمد رح وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ان ادناه مايستر عامة بدنه حتى لايجوز السراويل وهو الصحيح لان لابسه يسمى عريانا في العرف لكن مالايجزيه عن الكسوة يجزيه عن الطعام باعتبار القيمة وان قدم الكفارة على الحنث لم يجزه وقال الشافعي رح يجزيه بالمال

مالايجزيه عن الكسوة مايجزيه عن الطعام فانه لواعطى كل مسكين نصف ثوب لم يجزيه عن الكسوة لان الاكتساب به لا يحصل ولكنه يجزيه من الطعام اذا كان نصف ثوب يساوي نصف صاع من حنطة وكذلك لواعطى عشرة مساكين ثوبا بينهم وهو ثوب كثير القيمة نصيب كل مسكين منهم اكثر من قيمة ثوب لم يجزه من الكسوة لانه لايكتسى به كل واحد منهم ولكن يجزيه من الطعام باعتبار القيمة نوى اولم ينو وروي عن ابي يوسف رحمه الله اذالم ينو لا يجزيه عن الطعام وقال زفر رحمه الله لايجزيه وان نوى لانه منصوص عليه فلا يصح بدلا كما لوادى نصف صاع من تمر لا يجعل بدلا عن الحنطة لان البدل بمنزلة البيع ومايكون اصلا لايكون تبعا في ذلك الباب وقلنا التمر لايصلح بدلا عن الحنطة لكونه اصلا ولكونهما شيئا واحدا من حيث المعنى لان المقصود منهما واحد وهو رد الجوع ويصلح بدلا من حيث انهما جنسان فكان المانع شيئين فترجح المانع وفي الكسوة مع الطعام يرجح الموجب للجواز لاختلاف الجنسين واختلافهما في المقصود اذ المطلوب من الكسوة في الكفارة رد العرى والمطلوب من الطعام رد الجوع وقوله ماصار اصلا في باب لا يجعل تبعا فيه قلنا لم يجعل الكسوة بدلا عن الكسوة حتى يصير بدلا فيما صار اصلا وانما جعلناه بدلا عن الطعام •
قوله فان لم يقدر على احد الاشياء ثلثة صام ثلثة ايام متتابعات وقال الشافعي رحمه الله

لانه اداها بعد السبب وهو اليمين فاشبه التكفير بعد الجرح ولنا ان الكفارة لستر الجناية ولا جناية ههنا واليمين ليست بسبب لانه مانع غير مفض بخلاف الجرح لانه مفض ثم لا يسترد

بخبر لاطلاق النص ولا يلزم ان المطلق يحمل على المقيد عنده وان وردا في حادثتين كما في رقبة كفارة القتل وسائر الكفارات لانه انما يصار اليه اذا كان المقيد نوعا واحدا اما اذا كان المقيد نوعين فلا للتعارض وهنا كذلك لان صوم كفارة الظهار والقتل مقيد بالتتابع وصوم المتعة مقيد بالتفريق ولنا قراءة ابن مسعود رضي الله عنهما فصيام ثلثة ايام متتابعات وانما يقرأ سماعا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فصارت قراءته كالرواية المشهورة عن النبي عليه السلام فصحت الزيادة والتقييد بها كما في صدقة الفطر فاما لم يحمل المطلق وهو قوله صلى الله عليه وسلم ادوا عن كل حر وعبد على المقيد وهو قوله عليه السلام ادوا عن كل حر وعبد من المسلمين لانهما وردا في الحكم وهو الصوم وهو لا يقبل وصفين متضادين في وجوده فاذا ثبت تقييده بالتتابع بتلك القراءة لم يبق مطلقا ضرورة وثم وردا في السبب فلا منافاة بين السببين فالمقيد في احد الحديثين لا يمنع بقاء حكم الاطلاق في الآخر وانما لم يجز صوم المتعة قبل ايام النحر لانه لم يشرع لا لان التفريق واجب وهذا بخلاف قضاء رمضان لان قراءة ابي لم يشتهر والزيادة بخبر الواحد لا يجوز ثم اعتبار الفقر والغنى عند ارادة التكفير عندنا وعند الشافعي رحمه الله عند الحنث حتى لو حنث وهو موسر ثم اعسر جاز الصوم وبعكسه لا عندنا وعند الشافعي رحمه الله على القلب وقاسها على الحد اذ المعتبر وقت الوجوب للتنصيف بالرق ولنا ان الصوم شرع خلفا عن التكفير بالمال كالتيمم خلف عن الوضوء الاترى انه قال هنا فمن لم يجد فصيام ثلثة ايام وقال ثمه فلم تجد واماء فتيمموا ثم المعتبر ثمه وقت الاداء لا وقت الوجوب كذا هنا وحد العبد ليس ببدل عن حد الاحرار

قوله لانه اداها بعد السبب وهذا لان سبب وجوب الكفارة اليمين لانها

من المسكين لو قوعه صدقة ومن حلف على معصية مثل ان لا يصلي اولا يكلم اباه

تضاف الى اليمين فيقال كفارة اليمين والواجبات تضاف الى اسبابها ولا يلزم تعجيل البدني لان الواجب حاصل بالسبب على اصله ووجوب الاداء متراخ عنه الى الشرط والمالي يحتمل الفصل بين وجوب ووجوبه الاداء لان الواجب قبل الاداء مال معلوم والبدني لا يحتمل الفصل بين وجوبه ووجوب ادائه لا في الواجب فعل فلما تأخر وجوب الاداء لم يبق الوجوب لتاخر تفرد السبب ولنا ان الكفارة لستر الجناية وقبل الحنث لا جناية فلا تصح الكفارة لاستحالة الستر عن الجناية قبل الجناية وهذا لان عقد اليمين ليس بذنب اجماعا فانه امر مشروع لانه في عقد اليمين معظم اسم الله تعالى والمشروع لا يوصف بالذنب واما الذنب في هتك حرمة اسم الله تعالى بالحنث فاستحال التكفير قبل الحنث كالطهارة قبل الحدث واليمين ليس بسبب لوجوب الكفارة لان ادنى درجات السبب ان يكون مفضيا الى الحكم طريقا له واليمين مانعة من الحنث محرمة له فانى يكون موجبة لما يجب بعد الحنث بخلاف الجرح لانه طريق مفض الى زهوق الروح واضافة الكفارة الى اليمين لانها تجب بعد اليمين كما تضاف الكفارة الى الصوم والاحرم بهذا الطريق الا ان يكونا سببين لوجوب الكفارة لكونهما نعين عما تجب به الكفارة وهو ارتكاب المحظور فان قيل تعليلكم مردود لانه مخالف للنص والخبر وهذا لانه تعالى قال ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته والفاء للوصل والتعقيب فتقتضي جواز التكفير بعد اليمين متصلا بها وقال كذلك كفارة ايمانكم اذا حلفتم رتبها على الحلف لا على الحنث وقال عليه السلام من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليكفر يمينه وليأت بالذي هو خير او هذا نص في الباب قلنا الحنث مضمر في النص بدلالة ماقلنا كالفطر في قوله تعالى فمن كان

اوليقتلن فلانا ينبغي ان يحنث نفسه ويكفر عن يمينه لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين ورأى غيرها خيرا منها فليأت بالذي هو خير ثم ليكفر عن يمينه ولان فيما قلناه تفويت البر الى جابر وهو الكفارة ولا جابر للمعصية في ضده واذا حلف الكافر ثم حنث في حال كفره او بعد اسلامه فلا حنث عليه لانه ليس باهل لليمين لانها تعقد لتعظيم الله تعالى ومع الكفر لا يكون معظما ولا هو اهل للكفارة لانها عبادة ومن حرم على نفسه شيئا مما يملكه لم يصر محرما

منكم مريضا او على سفر فعدة من ايام اخر والرواية المشهورة فليأت بالذي هو خير ثم ليكفر يمينه فيجب حمل الاول على الثاني بطريق التقديم والتأخير لان ثم يجي بمعنى الواو قال الله تعالى ثم كان من الذين آمنوا ثم الله شهيد وهذا لان موجب الامر الوجوب والتكفير يجب بعد الحنث لا قبله ولان قوله فليكفر امر لمطلق التكفير ولا يجوز مطلق التكفير الا بعد الحنث لان قبله يجوز بالمال عنده دون الصوم ٭

قوله اوليقتلن فلانا يريد به اذا وقت القتل حتى يتصور الحنث من الحالف

قوله في ضده اي في ضد ما قلنا من الحنث وقوله عليه السلام من حلف على يمين اي على محلوف عليه وهو الفعل او تركه واليمين مركبة من مقسم به وحرف القسم وهو والله ومن مقسم عليه وهو ليقتلن فلانا مثلا فذكر ههنا الكل واراد البعض اواراد باليمين محله وهو القتل وغيره فكان من قبيل اطلاق اسم الحال على المحل

قوله ومن حرم على نفسه شيئا مما يملكه بان قال حرمت علي ثوبي هذا او طعامي هذا لم يصر محرما عليه اي بعينه ٭

فكج

وعليه ان استباحه كفارة يمين وقال الشافعي رحمة الله تعالى عليه لا كفارة عليه لان تحريم الحلال قلب المشروع فلا ينعقد به تصرف مشروع وهو اليمين ولنا ان اللفظ ينبئ عن اثبات الحرمة وقد امكن اعماله بثبوت حرمة لغيره باثبات موجب اليمين فيصار اليه ثم اذا فعل مما حرمه قليلا او كثيرا حنث ووجبت الكفارة وهو المعنى من الاستباحة المذكورة لان التحريم اذا ثبت تناول كل جزء منه ولو قال كل حل علي حرام فهو على الطعام والشراب الا ان ينوي غير ذلك والقياس ان يحنث كما فرغ لانه باشر فعلا مباحا وهو التنفس ونحوه وهذا قول زفر رحمه الله تعالى وجه الاستحسان ان المقصود هو البر لا يحصل مع اعتبار العموم واذا سقط اعتباره ينصرف الى الطعام والشراب للعرف فانه يستعمل فيما يتناول عادة ولا يتناول المرات الا بالنية لاسقاط اعتبار العموم واذا نواها كان ايلاء ولا تصرف اليمين عن المأكول والمشروب وهذا كله جواب ظاهر الرواية ومشايخنا رح قالوا يقع به الطلاق عن غير نية لغلبة الاستعمال وعليه الفتوى

قوله وعليه ان استباحه اي اقدم عليه بان لبس ذلك الثوب او اكل ذلك الطعام كفارة يمين وقال الشافعي رحمه الله لا كفارة عليه الا في النساء والجواري لان تحريم الحلال قلب المشروع واليمين عقد مشروع فلا ينعقد بلفظ هو قلب المشروع كقلبه وهو تحليل الحرام ولان تحريم الحلال ليس الى العبد لان المحرم والمحلل هو الله تعالى فيلغو ولنا قوله تعالى يا ايها النبي لم تحرم ما احل الله لك الى قوله قد فرض الله لكم تحلة ايمانكم ثم قيل ان النبي عليه السلام حرم العسل على نفسه وقيل حرم مارية والتمسك على الاول ظاهر وكذا على الثاني لان العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب ولان التحريم المضاف الى الجواري لما ثبت يمينا بهذه الاية فكذا التحريم المضاف الى سائر المباحات دلالة ولان حرمة الحلال بسبب اليمين فالتنصيص عليه يجعل كالتنصيص

وكذا ينبغي في قوله حلال بروى حرام للعرف واختلفوا في قوله هرچه بردست راست گيرم بروى حرام انه هل تشترط النية والاظهر انه يجعل طلاقا من غير نية للعرف ومن نذر نذرا مطلقا فعليه الوفاء لقوله صلى الله عليه وسلم من نذر وسمى فعليه الوفاء بما سمى وان علق النذر بشرط فوجد الشرط فعليه الوفاء بنفس النذر لاطلاق الحديث ولان المعلق بالشرط كالمنجز عنده وعن ابي حنيفة رحمه الله انه رجع عنه وقال اذا قال ان فعلت كذا فعلي حجة اوصوم سنة اوصدقة مال املكه اجزاه من ذلك كفارة يمين وهو قول محمد رحمه الله ويخرج عن العهدة بالوفاء بما سمى ايضا وهذا اذا كان شرطا لا يريد كونه لان فيه معنى اليمين وهو المنع وهو بظاهره نذر فيتخير ويميل الى اي الجهتين شاء بخلاف ما اذا كان شرطا يريد كونه كقوله ان شفى الله مريضي لانعدام معنى اليمين فيه وهو المنع وهذا التفصيل هو الصحيح .

على السبب مجازا وهذا لان لفظه يقتضي ثبوت الحرمة ولم يمكن اثبات الحرمة لعينه لانه ليس اليه تحريم عينه لما ذكر فتثبت الحرمة لغيره كما هو موجب اليمين اذا حلف ان لا يدخل هذه الدار حرم الدخول من حيث انه حنث وان كان الدخول مباحا في نفسه فاذا قال حلال الله علي حرام لم يكن اثبات الحرمة لعينه فصار كناية عن قدر ما جعل اليه من التحريم كيلا يلغو كلامه **قوله** وكذا ينبغي في قوله حلال بروى حرام للعرف وفي فتاوى الشيخ الامام نجم الدين النسفي رحمة الله تعالى عليه حلال المسلمين علي حرام ينصرف الى الطلاق بلا نية بالعرف وكذا في قوله هرچه بدست راست گيرم بر من حرام ولو قال بدست چپ گيرم لا يكون طلاقا لعدم العرف ولو قال بدست گيرم كان طلاقا كذا في التتمة **قوله** ومن نذر نذرا مطلقا اي منجزا غير معلق بان قال لله علي صوم شهر

قال ومن حلف على يمين وقال ان شاء الله متصلا بيمينه فلا حنث عليه لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين وقال ان شاء الله فقد بر في يمينه الا انه لا بد من الاتصال لانه بعد الفراغ رجوع ولا رجوع فى اليمين والله تعالى اعلم بالصواب ٭

قوله ومن حلف على يمين وقال ان شاء الله متصلا بيمينه فلا حنث عليه لما روي عن العبادلة الثلثة رضي الله تعالى عنهم اجمعين موقوفا ومرفوعا من حلف على يمين وقال ان شاء الله فقد استثنى ومن استثنى فلا حنث عليه ولا كفارة وقوله فى الكتاب فقد بر في يمينه اي لم ينعقد يمينه **قوله** الا انه لا بد من الاتصال لانه بعد الانفصال رجوع ولا يصح الرجوع فى الايمان وعن ابن عباس رضي الله عنهما انه يجوز الاستثناء المنفصل الى سنة اشهر لقوله تعالى واذكر ربك اذا نسيت اي اذا نسيت الاستثناء موصولا فاستثن مفصولا وروي ان محمد بن اسحق صاحب المغازي كان عند المنصور وكان عنده يقرء المغازي وابو حنيفة رحمه الله كان حاضرا فاراد ان يغري الخليفة عليه فقال ان هذا الشيخ يخالف جدك فى الاستثناء المنفصل فقال ابلغ من قدرك ان يخالف جدي فقال ان هذا يريد ان يفسد عليك ملكك لانه اذا جاز الاستثناء المنفصل فتبارك الله لك في عهودك اذن فان الناس يبايعونك ويحلفون ثم يخرجون ويستثنون ثم يخالفون فلا يحنثون فقال نعم ما قلت وغضب على محمد بن اسحق واخرجه من عنده وفي تصحيح الاستثناء المنفصل اخراج العقود كلها من البيوع والانكحة عن ان يكون ملزمة ولا يحتاج حينئذ الى المحلل لان المطلق يستثني اذا ندم وقوله تعالى واذكر ربك اذا نسيت معناه اذا لم يذكر ان شاء الله في اول كلامك فاذكره في آخر كلامك موصولا بكلامك والله تعالى اعلم بالصواب ٭

باب اليمين في الدخول والسكنى

ومن حلف لا يدخل بيتا فدخل الكعبة او المسجد او البيعة او الكنيسة لم يحنث لان البيت ما اعد للبيتوتة وهذه البقاع ما بنيت لها وكذا اذا دخل دهليزا او ظلة باب الدار لما ذكرنا والظلة تكون على السكة وقيل اذا كان الدهليز بحيث لو اغلق الباب يبقى داخلا وهو مسقف يحنث لانه يبات فيه عادة وان دخل صفة حنث لانه تبنى للبيتوتة فيها في بعض الاوقات فصار كالشتوي والصيفي وقيل هذا اذا كانت الصفة ذات حوائط اربعة

باب اليمين في الدخول والسكنى

الاصل ان الالفاظ المستعملة في الايمان مبنية على العرف عندنا وعند الشافعي رحمه الله على الحقيقة لان الحقيقة حقيق بان يراد وعند مالك رحمه الله على معاني كلم القرآن لانه على اصح اللغات وافصحها ولنا ان غرض الحالف ما هو المتعارف فينعقد بغرضه الا ترى ان من حلف لا يستضيء بالسراج او لا يجلس على البساط فاستضاء بالشمس او جلس على الارض لا يحنث وان سمي في القرآن الشمس سراجا والارض بساطا •

قوله والظلة تكون على السكة وفي المغرب وقول الفقهاء ظلة الدار يريدون بها السدة التي فوق الباب وعن صاحب الحصر هي التي احد طرفي جذوعها على هذه الدار وطرفها الآخر على حائط الجدار المقابل وذكر في الذخيرة ولو دخل ظلة باب ذكر في الكتاب انه لا يحنث واراد بالظلة الساباط التي تكون على باب الدار ولا يكون فوقه بناء لانه لا يطلق عليه اسم البيت لانه لا يبات فيه وكذلك اذا كان فوقه بناء الا ان مفتحه الى الطريق لا يحنث اذا كان عقد يمينه على بيت شخص بعينه لانه ليس من جملة بيته

فكذ

وهكذا كانت صفافهم وقيل الجواب مجري على اطلاقه وهو الصحيح ومن حلف لا يدخل دارا فدخل دارا خربة لم يحنث ولو حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعد ما انهدمت وصارت صحراء حنث لان الدار اسم للعرصة عند العرب والعجم يقال دار عامرة ودار غامرة وقد شهدت اشعار العرب بذلك فالبناء وصف فيها

قوله وهكذا كانت صفافهم وقيل الجواب مجرى على اطلاقه هو الصحيح وفى المبسوط من اصحابنا من يقول هذا الجواب اي الجواب بالحنث بناء على عرف اهل الكوفة لان الصفة عندهم اسم لبيت يسكنونها صيفا ومثلها في ديارنا يسمي كاشانه واما الصفة ففي عرف ديارنا غير البيت ولا يطلق عليه اسم البيت بل ينفي عنه فيقال هذه صفة وليس ببيت ولا يحنث والاصح عندي ان مراده حقيقة مايسميه الصفة ووجه ان البيت اسم لمبنى مسقف مدخله من جانب واحد وهو مبني للبيتوتة فيه وهذا موجود فى الصفة الا ان مدخلها اوسع من مدخل البيوت المعروفة فكان اسم البيت متناولا لها فيحنث بسكناها الا ان يكون نوى البيوت دون الصفاف فحينئذ يصدق فيما بينه وبين الله تعالى لانه خص العام بنيته **قوله** لان الدار اسم للعرصة اي بعد البناء بقي البناء اولم يبق فاما العرصة قبل البناء لايسمى دارا الاترى ان المفاوز والمزارع لايسمى دارا **قوله** وقد شهدت اشعار العرب بذلك

قال لبيد

عفت الديار محلها فمقامها ... بمنى تابد غولها فرجامها

وقال النابغة

يا دارمية بالعلياء والسند ... اقوت وطال عليها سالف الابد

غير ان الوصف فى الحاضر لغو وفى الغائب معتبر ولو حلف لا يدخل هذه الدار فخربت ثم بنيت اخرى فدخلها يحنث لما ذكرنا ان الاسم باق بعد الانهدام وان جعلت مسجدا اوحماما اوبستانا او بني بيتا فدخله لم يحنث لانه لم تبق دارا لاعتراض اسم آخر عليه وكذا اذا دخله بعد انهدام الحمام واشباهه لانه لا يعود اسم الدار وان حلف لايدخل هذا البيت فدخله بعد ما انهدم وصار صحراء لم يحنث لزوال اسم البيت لانه لا يبات فيه حتى لو بقيت الحيطان وسقط السقف يحنث لانه يبات فيه والسقف وصف فيه وكذا اذا بني بيتا آخر فدخله لم يحنث لان الاسم لم يبق بعد الانهدام ومن حلف لايدخل هذه الدار فوقف على سطحها حنث لان السطح من الدار الاترى ان المعتكف لايفسد اعتكافه بالخروج الى سطح المسجد وقيل في عرفنا لا يحنث ه

قال وكذا اذا دخل دهليزها يحنث ويجب ان يكون على التفصيل الذي تقدم وان وقف في طاق الباب بحيث اذا اغلق الباب كان خارجا لم يحنث لان الباب لاحراز الدار ومافيها فلم يكن الخارج من الدار ومن حلف لايدخل هذه الدار وهو فيها لم يحنث بالقعود حتى يخرج ثم يدخل استحسانا

قوله غير ان الوصف فى الحاضر لغو لان الاشارة ابلغ التعريف فاغنت عن الوصف الذي وضع للتوضيح فاستوى وجوده وعدمه وتعلقت اليمين بذاتها وذاتها باق بعد انتقاض الحيطان وفى المنكر معتبرة لان الغائب يعرف بالوصف فتعلقت اليمين بدار موصوفة بصفة فلايحنث بعد زوال تلك الصفة ولايلزم على هذا مالوحلف ان لاياكل من هذا الرطب فانه لايحنث باكله بعد ما صار تمرا لان الصفة فى اليمين انما يكون لغوا اذا لم تكن الصفة داعية الى اليمين كما لوحلف ان لايكلم صاحب هذا الطيلسان اولا ياكل لحم هذا الحمل والرطوبة تصلح داعية وبعضهم شرطوا ايضا ان لاتذكر الصفة بطريق الشرط حتى لو قال ان دخلت هذه المرأة راكبة هذه

والقياس ان يحنث لان الدوام له حكم الابتداء وجه الاستحسان ان الدخول لا دوام له لانه انفصال من الخارج الى الداخل ولو حلف لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه فنزعه فى الحال لم يحنث وكذا اذا حلف لا يركب هذه الدابة وهو راكبها فنزل من ساعته لم يحنث وكذا لو حلف لا يسكن هذه الدار وهو ساكنها فاخذ فى النقلة من ساعته وقال زفر رح يحنث لوجود الشرط وان قل ولنا ان اليمين تعقد للبر فيستثنى منه زمان تحققه فان لبث على حاله ساعة حنث لان هذه الافاعيل لها دوام بحدوث امثالها الا ترى انه تضرب لها مدة يقال ركبت يوما ولبست يوما بخلاف الدخول لانه لا يقال دخلت يوما بمعنى المدة والتوقيت ولو نوى الابتداء الخالص يصدق لانه محتمل كلامه

الدار فهي طالق لم تطلق اذا دخلت ما شيئة لانها ذكرت بطريق الشرط وفيما نحن فيه اشارة الى عين موصوفة بصفة مرغوبة وهو البناء والعمارة وانه بمنزلة الوصف للعرصة فوجب ان يكون الوصف لغوا فيما اشار اليه لانه لا يكون مذكورا بطريق الشرط ولا يصلح داعيا الى اليمين بترك الدخول وفى المنكر يكون وصف البناء معتبرا كالو حلف لا يكلم صاحب طيلسان اولا يكلم صبيا تتقيد اليمين بالصفة المذكورة فيهما فان قيل قال محمد رحمه الله في كتاب الوكالة ولو وكل رجلا بشراء دار فاشترى دارا خربة تلزم الموكل ولو كانت الصفة فى المنكر معتبرة وجب ان لا يلزمه قلنا الصفة انما اعتبرت فى المنكر من كل وجه والدار فى الوكالة يعرف من وجه لان التوكيل بشراء الدار انما يصح بعد بيان الثمن والمحلة فان قيل لو حلف لا يكلم رجلا لا يتقيد بصفة ما فوجب ان لا تتقيد الدار بصفة البناء ايضا قلنا صفة البناء معينة للدار فجاز ان يكون مراده بحكم العرف والصفات فى الرجل متزاحمة وجميع الصفات باسرها ممتنعة للتضاد وليس البعض اولى من البعض ولهذا افترقا والسقف فى البيت بمنزلة البناء فى الدار اعتبر فى المنكر دون المعرف ٭

قوله والقياس ان يحنث وهو قول الشافعي رحمه الله لان الدوام له حكم الابتداء حتى

ومن حلف لا يسكن هذه الدار فخرج بنفسه ومتاعه واهله فيها ولم يرد الرجوع اليها حنث لانه يعد ساكنها ببقاء اهله ومتاعه فيها عرفا فان السوقي عامة نهاره فى السوق ويقول اسكن سكة كذا والبيت والمحلة بمنزلة الدار

لونوى بالدخول الدوام صحت نيته ولولم يكن له حكم الابتداء لما صحت نيته ولنا ان الاصل ان مالا يمتد من الافعال لا يعطى للدوامه حكم الابتداء وما يمتد من الافعال يعطى لدوامه حكم الابتداء والدليل عليه قوله تعالى ولا تقعد بعد الذكرى اي لا يمكث قاعدا وقال عليه السلام لا تتبع النظرة النظرة فان الاولى لك والثانية عليك والفارق بين الممتد وغير الممتد من الافعال صحة قران المدة به وعدم الصحة فكل فعل يصح قران المدة به فهو مما يمتد كالسكنى والركوب واللبس والنظر والقعود والقيام فانه يصح ان يقال سكن فى الدار يوما وركب يوما ولبس يوما ونظر الى فلان يوما وقعد يوما وقام يوما وكل فعل لا يصح قران المدة به فهو مما لا يمتد كالدخول والخروج اذ لا يصح ان يقال خرج يوما من الدار ودخل يوما فى الدار بمعنى ضرب المدة والتوقيت لان الدخول هو الانتقال من الخارج الى الداخل والخروج بعكسه ولم يوجد الانتقال من الخارج الى الداخل بعد يمينه وانما وجد المكث فيها وذا غير معتبر الدخول الا ترى انه يقال للقاعد اقعد هنا كما يقال لغيره ولا يقال للداخل ادخل هذه الداره

قوله ومن حلف لا يسكن هذه الدار فخرج بنفسه ومتاعه واهله فيها ولم يرد الرجوع اليها حنث وهذا اذا كان الحالف متأهلا فان كان ممن يعوله غيره بان كان ابنا كبيرا يسكن مع ابيه او كانت امرأة حلفت لا تسكن هذه الدار فخرج بنفسه على نية عدم العود وخلف متاعه هناك لا يحنث وقال الفقيه ابو الليث رحمه الله هذا اذا عقد يمينه بالعربية اما اذا عقد يمينه بالفارسية فلا يحنث اذا خرج بنفسه وخلف اهله ومتاعه فيها كذا فى الفوائد الظهيرية

تكه

ولوكان اليمين على المصر لا يتوقف البر على نقل المتاع والاهل فيما روي عن ابي يوسف رحمه الله لانه لا يعد ساكنا في الذي انتقل عنه عرفا بخلاف الاول والقرية بمنزلة المصر في الصحيح من الجواب ثم قال ابوحنيفة رحمه الله لا بد من نقل كل المتاع

ومتى كان الحالف متأهلا وعقد يمينه بالعربية لو منع من الخروج ومنعوا امتاعه ايضا واو ثقوه ووجد باب الدار مغلقا بحيث لم يمكنه الفتح والخروج لم يحنث بخلاف ما لوقال ان لم اخرج من هذا المنزل اليوم فامرأته كذا فقيد ومنع من الخروج حيث نطلق وكذا لوقال لامرأته وهي في منزل والدها ان لم تحضري لليلة منزلي فانت طالق فمنعها الوالد عن الحضور تطلق في الصحيح لان شرط الحنث هنا عدم الفعل وهو السكنى وهو مكره فيه وللاكراه اثر في اعدام الفعل ثم شرط الحنث عدم الفعل وليس للاكراه اثر في ابطال العدم وفي الشافي ان لم يمكنه النقل عن ساعته بعذر الليل او يمنع ذي سلطان اوعدم موضع آخر ينتقل اليه لم يحنث خلافا لزفر رحمه الله لان حالة الضرورة مستثناة وكذا لو سد عليه الباب فلم يقدر على النقلة او كان شريفا او ضعيفا لا يقدر على نقل المتاع بنفسه ولم يجد من ينقله لم يحنث حتى يجد من ينقله ويلحق الموجود بالمعدوم للعذر كذا ذكره الامام التمرتاشي رحمة الله تعالى عليه *

قوله ولو كان اليمين على المصر الى قوله لانه لا يعد ساكنا في الذي انتقل عنه عرفا بخلاف الاول والفارق العرف فان من يكون ببصرة لا يقال هو ساكن ببغداد وان كان اهله وثقله ببغداد بخلاف الدار والمحلة والبيت فان الكائن في السوق يقول اسكن محلة كذا او دار كذا او بيت كذا اذا كان اهله وثقله ثم وعند الشافعي رحمه الله الدار كالمصر لانه يعتبر الحقيقة في الايمان ولا تعتبر العادة بخلاف الحقيقة اذ المجاز لا يعارض الحقيقة قال فان خرجت من مكة وخلفت فيها

حتى لو بقي وتد يحنث لان السكنى قد ثبت بالكل فتبقى مابقي شي منه

دنيترات افاكون ساكنا بمكة وعندنا بالعادة الظاهرة تترك الحقيقة لما عرف والحالف يريد ذلك ظاهرا فيحمل كلامه عليه ثم قال ابو حنيفة رضي الله عنه لا بد من نقل كل المتاع لان السكنى قد تثبت بالكل فتبقى مابقي شيء منه وهذا ما عرف من اصله ان الحكم اذا ثبت بعلة يبقى ببقاء جزء من العلة وان قل كما في العصير لا يتخمر ما بقي جزء من العصير وانما يصير خمرا اذا قذف بالزبد وكما قال الحكم في الزكوة يبقي ببقاء جزء من النصاب وان قل اذا كان طرفي الحول تاما وكما قال في دار الاسلام لا يصير دار الحرب ما بقي مسلم واحد آمنا بالامان الاول وقال بعض المشايخ انما يعتبر عند ابي حنيفة رحمة الله تعالى نقل الكل مما يقصد به السكنى اما اذا لم ينقل ما لا يقصد به السكنى كالوتد والمكنسة وقطعة حصير بر في يمينه فان قيل قد ينتفي الشيء بانتفاء البعض كما ينفي بانتفاء الكل كمجموع العشرة الدينار ومثلا ولم تنتف السكنى ههنا بانتفاء البعض قلنا المجموع ينتفي بانتفاء البعض اذا كان المجموع من حيث الاجزاء كمجموع العشرة اما اذا كان من حيث الافراد لا ينتفي بانتفاء البعض كالرجال لا ينتفي بانتفاء البعض لان بعد ذلك ينتفي الرجال اما العشرة عشرة باعتبار اجزائها كما نقص منها شيء لا تنتفي عشرة والسكنى من قبيل الافراد لانه يعد ساكنا باعتبار بقاء البعض فان السوقي عامة نهاره في السوق ويقول اسكن سكة كذا فصح الاخبار بسكنى مع ان المخبر ليس هو فيها في عامة اوقاته*

وقال ابو يوسف رحمة الله تعالى عليه يعتبر نقل الاكثر لان نقل الكل قد يتعذر وقال محمد رحمة الله تعالى عليه يعتبر نقل ما يقوم به كدخدائيته لان ما وراء ذلك ليس من السكنى قالوا هذا احسن وارفق بالناس والله تعالى اعلم وينبغي ان ينتقل الى منزل آخر بلا تأخير حتى يبر فان انتقل الى السكة او الى المسجد قالوا لا يبر دليله في الزيادات ان من خرج بعياله من مصره فما لم يتخذ وطنا آخر يبقى وطنه الاول في حق الصلوة كذا هذا والله تعالى اعلم بالصواب *

قوله وقال ابو يوسف رحمة الله تعالى عليه يعتبر نقل الاكثر والفتوى على قول ابي يوسف رحمة الله تعالى عليه قالوا هذا الاختلاف في نقل الامتعة فاما الاهل فلا بد من نقلهم بلا خلاف كذا في الفوائد الظهيرية **قوله** دليله في الزيادات كوفي انتقل باهله ومتاعه الى مكة ليستوطنها فلما دخلها وتوطن بها بدا له ان يعود الى خراسان فعاد ومر بالكوفة يصلي ركعتين لان وطنه بالكوفة انتقض توطنه بمكة وان بدا له في الطريق قبل ان يدخل مكة ان لا يستوطن مكة ويرجع الى خراسان فمر بالكوفة فانه يصلي بالكوفة اربعا لان وطنه بالكوفة قائم ما لم يتخذ وطنا آخر كذا هنا وان كان في طلب مسكن آخر فترك الامتعة فيها اياما لا يحنث في الصحيح لان طلب المنزل من عمل النقل وصار مدة طلب المنزل مستثنى بحكم العرف اذا لم يفرط في الطلب **قوله** كذا هذا قال الفقيه ابو الليث رحمه الله هذا اذا لم يسلم الدار الى مستأجرة الى صاحبها بر وان كان هو والمتاع في السكة او في المسجد والله تعالى اعلم بالصواب ،

باب اليمين فى الخروج والاتيان والركوب وغير ذلك

قال ومن حلف لا يخرج من المسجد فامر انسانا فحمله فاخرجه حنث لان فعل المأمور مضاف الى الآمر فصار كما اذا ركب دابة فخرجت به ولو اخرجه مكرها لم يحنث لان الفعل لم ينتقل اليه لعدم الامر ولو حمله برضاه لا بامره لا يحنث فى الصحيح لان الانتقال بالامر لا بمجرد الرضاء *

قال ولو حلف لا يخرج من داره الا الى جنازة فخرج اليها ثم اتى حاجة اخرى لم يحنث لان الموجود خروج مستثنى والمضي بعد ذلك ليس بخروج

باب اليمين فى الخروج والاتيان والركوب وغير ذلك

قوله ومن حلف لا يخرج من المسجد وكذا الحكم فى البيت والدار ولكن وضع المسئلة فى المسجد حملا ليمينه على العادة **قوله** ولو اخرجه مكرها اي حمله انسان فاخرجه مكرها لانه لم يوجد منه الفعل لا حقيقة وهو ظاهر ولا حكما لانه لم يأمره به ولو هدد فخرج بنفسه حنث لوجود الفعل منه وقيل لا يحنث وقيل ان امكنه الامتناع عن الخروج ومع هذا خرج حنث وان لم يمكنه لا **قوله** ولو حمله برضاه لا بامره لا يحنث فى الصحيح وقال بعضهم يحنث لانه لما كان متمكنا من الامتناع فلم يمتنع صار كالامر بالاخراج ثم فيما لم يحنث هل تنحل اليمين الصحيح انه لا تنحل اليمين حتى لو حلف على الدخول فادخل مكرها ثم خرج فدخل مختارا حنث فى الصحيح وقيل ينحل فلا يحنث **قوله** والمضي بعد ذلك ليس بخروج لان الخروج عبارة عن الانتقال من الباطن الى الظاهر وهو لم يوجد بعد الخروج بل وجد منه الاتيان الى حاجة اخرى والاتيان غير الخروج لان الاتيان عبارة عن الوصول

ولو حلف لا يخرج الى مكة فخرج يريدها ثم رجع حنث لوجود الخروج على قصد مكة وهو الشرط اذ الخروج هو الانتقال من الداخل الى الخارج ولو حلف لا يأتيها لم يحنث حتى يدخلها لانه عبارة عن الوصول قال الله تعالى فأتيا فرعون فقولا له ولو حلف لا يذهب اليها قيل هو كالاتيان وقيل هو كالخروج وهو الاصح لانه عبارة عن الزوال فان حلف ليأتين البصرة فلم يأتها حتى مات حنث في آخر جزء من اجزاء حيوته لان البر قبل ذلك مرجو ولو حلف ليأتينه غدا ان استطاع فهذا على استطاعة الصحة دون القدرة وفسره في الجامع الصغير وقال اذا لم يمرض ولم يمنعه السلطان ولم يجئ امر لا يقدر على اتيانه فلم يأت حنث وان عني استطاعة القضاء دين فيما بينه وبين الله تعالى وهذا لان حقيقة الاستطاعة فيما يقارن الفعل

قوله ولو حلف لا يخرج الى مكة فخرج يريدها ثم رجع حنث ويشترط للحنث ان يجاوز عمران مصره على نية الخروج الى مكة حتى لو رجع قبل ان يجاوز عمران مصره لا يحنث وان كان على هذه النية **قوله** وقيل هو كالخروج وهو الاصح وقيل لا يحنث ما لم يدخلها كالاتيان لقوله تعالى اذهبا الى فرعون انه طغى فقولا له قولا لينا وذا بمعنى الاتيان ولنا ان الذهاب والخروج يستعملان استعمالا واحدا يقال ذهب الى مكة وخرج الى مكة بمعنى واحد قال الله تعالى ليذهب عنكم الرجس اي ليزيله عنكم فثبت ان الذهاب هو الزوال والانفصال لان الاذهاب افعال من الذهاب والاذهاب الازالة وكونه ازالة لا يفتقر الى وصول الزائل الى محل آخر فكذا الذهاب الذي هو الزوال لا يشترط فيه الوصول وهذا الاختلاف فيما اذا لم تكن له نية فان نوى الخروج والاتيان فعلى ما نوى لانه يحتمل كل واحد منهما وفي الاتيان لا يشترط القصد للحنث بل اذا وصل اليه يحنث قصدا ولم يقصد

لان المستثنى خروج مقرون بالاذن وما وراءه داخل في الحظر العام ولو نوى الاذن مرة يصدق ديانة لا قضاء لانه محتمل كلامه لكنه خلاف الظاهر ولو قال الا ان آذن لك فاذن لها مرة واحدة ثم خرجت بعدها بغير اذنه لم يحنث لان هذه كلمة غاية فينتهي اليمين به كما اذا قال حتى آذن لك ولو ارادت المرأة الخروج فقال ان خرجت فانت طالق فجلست ثم خرجت لم يحنث وكذلك ان اراد رجل ضرب عبده فقال له آخر ان ضربته فعبدي حر فتركه ثم ضربه

قوله لان المستثنى خروج مقرون بالاذن لان التقدير لا يخرج امرأته خروجه الاخروجا ملصقا باذني فيكون ملوراء الخروج المقرون بالاذن باقيا تحت الحظر العالم فيحنث اذا وجد الخروج لاعن اذن لوجود شرط الحنث كقوله ان خرجت من الدار الا بملحفة فانت طالق فخرجت بملحفة لم تطلق ولم يسقط الحظر حتى لو خرجت بلاملحفة تطلق **قوله** ولو نوى الاذن مرة يصدق ديانة لا قضاء لانه محتمل كلامه لان الاستثناء يحتمل الغاية لكنه خلاف الظاهر وفيه تخفيف ولو قال الا ان آذن لك ينتهي اليمين بالاذن مرة كما اذا قال حتى ان آذن لك وان نوى التعدد صدق لانه نوى الاستثناء من الغاية وبينهما مناسبة من حيث ان حكم كل واحد منهما بعد الاستثناء والغاية يخالف ماقبلهما فان قيل يشكل على هذا قوله تعالى ولا تدخلوا بيوت النبي الا ان يؤذن لكم فهناك بالاذن مرة لا يسقط حرمة الدخول بل الاذن يحتاج اليه في كل مرة مع انه مذكور بكلمة الا ان قلنا حرمة الدخول في بيت النبي عليه الصلوة والسلام مايثبت بهذا النص بل الاصل حرمة الدخول في ملك الغير بغير اذنه الا ان هذا النص لاباحة الدخول بالاذن فبقي الدخول بغير الاذن على اصل الحرمة اونقول اشتراط الاذن هناك في كل مرة انما علم بآخر الآية وهو قوله تعالى ان ذلكم كان يوذي النبي ومعنى الايذاء موجود في كل ساعة فشرط الاذن في كل مرة

ويطلق الاسم على سلامة الآلات وصحة الاسباب في المتعارف فعند الاطلاق ينصرف اليه وتصح نية الاول ديانة لانه نوى حقيقة كلامه ثم قيل تصح قضاء ايضا لما بينا وقيل لا يصح لانه خلاف الظاهر ومن حلف لا تخرج امرأته الا باذنه فاذن لها مرة فخرجت ثم خرجت مرة اخرى بغير اذنه حنث ولا بد من الاذن في كل خروج

قوله ويطلق الاسم اي اسم الاستطاعة على سلامة الآلات وصحة الاسباب وارتفاع الموانع في المتعارف فعند الاطلاق ينصرف اليه لان مطلق الكلام يحمل على المتعارف قال الله تعالى ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا وفسرها رسول الله عليه السلام بملك الزاد والراحلة وقال الله تعالى واعدوا لهم ما استطعتم والمراد ما قلنا وان نوى القدرة الحقيقية التي يحدثها الله تعالى للعبد حالة الفعل مقارنة له عند اهل السنة صدق ديانة لان ذا مما يقع عليه اسم الاستطاعة قال الله تعالى ولن تستطيعوا ان تعدلوا فما استطاعوا ان يظهروه وما استطاعوا له نقبا الا انه خلاف الظاهر فلا يصدقه القاضي وفي رواية يصدق قضاء لانه نوى حقيقة كلامه وهذا بناء على انه اذا نوى حقيقة كلامه والظاهر لا يخالفها صدق ديانة وقضاء وان كان يخالفها ففي تصديقه قضاء روايتان واذا نوى ما قلنا لم يحنث بحال لان تلك القدرة لا تسبق الفعل وانما يعرف وجودها بوجود الفعل فمتى لم يكن له استطاعة وانما سمي استطاعة القضاء لان ذلك الفعل يوجد بايجاد الله تعالى وقضائه فانه تعالى اذا قضى وجود ذلك الفعل اوجد قدرة العبد مع ذلك الفعل ولو لم توجد تلك القدرة لم يوجد ذلك الفعل فكانت تلك القدرة اي الاستطاعة استطاعة القضاء .

وهذه تسمى يمين فور و تفرد ابوحنيفة رحمه الله تعالى باظهاره ووجهه ان مراد المتكلم الردعن تلك الضربة والخرجة عرفا ومبنى الايمان عليه ولو قال له رجل اجلس فتغد عندي فقال ان تغديت فعبدي حر فرجع الى منزله و تغدى لم يحنث لان كلامه خرج مخرج الجواب فينطبق على السؤال فينصرف الى الغداء المدعو اليه بخلاف ما اذا قال ان تغديت اليوم لانه زاد على حرف الجواب فيجعل مبتدئا ومن حلف لا يركب دابة فلان فركب دابة عبد مأذون له مديون او غير مديون لم يحنث عند ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه

قوله وهذه تسمى يمين فور اي يمين الحال و هو في الاصل مصدر فارت القدر اذا غلت فاستعير للسرعة ثم سميت به الحالة التي لاريب فيها ولا لبث فقيل جاء فلان وخرج من فوره اي من ساعته **قوله** وتفرد ابوحنيفة رح باظهاره ولم يسبقه احد فيه وكانوا من قبل يقولون اليمين نوعان مطلقة كلا يفعل كذا او موقتة كلا يفعل كذا اليوم فخرج قسما ثالثا وهي المطلقة لفظا والموقتة معنى وانما اخذ هامن حديث جابر بن عبدالله وابيه حين دعيا الى نصرة انسان فحلفا ان لاينصراه ثم نصراه بعد ذلك ولم يحنثا ووجهه ان مراد المتكلم الزجر عن تلك الخرجة والضربة عرفا فيتقيد بذلك لان المطلق يتقيد بدلالة حال المتكلم وذكر في الفوائد الظهيرية يمين الفور مأخوذ من فوران القدر فسميت هي بهذا الاسم باعتبار فوران الغضب **قوله** ومن حلف لا يركب دابة فلان في المبسوط ومن حلف لايركب دابة فلان فركب حمارا او فرسا او برذونا او بغلا حنث وكذلك ان ركب غيرها من الدواب في القياس كالبعير والفيل لان اسم الدابة يتناوله حقيقة وحكما فان الدابة مايدب على الارض وقد عقد يمينه على فعل الركوب فيتناول مايركب من الدواب في غالب البلدان وهو الخيل و البغال والحمير وقد تأيد ذلك بقوله تعالى والخيل و البغال والحمير لتركبوها وزينة فانما ذكر

فكذ

الا انه اذا كان عليه دين مستغرق لا يحنث وان نوى لانه لا ملك للمولى فيه عنده وان كان الدين غير مستغرق اولم يكن عليه دين لا يحنث مالم ينوه لان الملك فيه للمولى لكنه يضاف الى العبد عرفا وكذا شرعا قال صلى الله عليه وسلم من باع عبدا وله مال فهو للبائع الحديث فتختل الاضافة الى المولى فلا بد من النية وقال ابو يوسف رح فى الوجوه كلها يحنث اذا نواه لاختلال الاضافة وقال محمد رحمه الله يحنث وان لم ينوه لاعتبار حقيقة الملك اذ الدين لا يمنع وقوعه للسيد عندهما والله اعلم بالصواب ٥

منه الركوب فى هذه الانواع الثلثة وبان كان يركب الفيل والبعير فى بعض الاوقات فذلك لا يدل على ان اليمين تناوله الا ترى ان البقر والجاموس يركب ايضا فى بعض المواضع ثم لا يفهم من قول القائل يركب فلان دابة البقر الا ان ينوي جميع ذلك فيكون على مانوى لانه نوى حقيقة كلامه وفيه تشديد عليه وان عنى الخيل وحدها لم يدين فى الحكم لانه نوى التخصيص فى لفظ العام ولو قال لا اركب ونوى الخيل وحدها لم يدين لا فى القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى لان فى لفظه فعل الركوب دون المركب ونية التخصيص تصح فى الملفوظ لا فيما لا لفظ له ٥

قوله الا انه اذا كان عليه دين مستغرق لا يحنث وان نوى الاهنا بمعنى لكن لما قال لم يحنث مطلقا استدرك فبين الاحوال التي لا يحنث فيها فعلم منه انه يحنث فى بعض الاحوال فقال اذا كان عليه دين مستغرق لا يحنث وان نوى واذا كان الدين غير مستغرق اولم يكن عليه دين لا يحنث مالم ينوه فعلم من هذا انه اذا لم يكن عليه دين اوكان غير مستغرق يحنث اذا نوى اونقول الاهنا على معناه لانه لما قال لم يحنث مطلقا استثنى ما يحنث فيه فكانه قال اذا لم يكن عليه دين اوكان غير مستغرق فحينئذ يحنث اذا نوى **قوله** وقال ابو يوسف رح يحنث فى الوجوه كلها وهي ما اذا لم يكن عليه دين اوكان عليه دين مستغرق او غير مستغرق يحنث اذا نوى وقال محمد رحمه الله يحنث فى الوجوه كلها نوى اولم ينو والله تعالى اعلم بالصواب ٥

باب اليمين في الاكل والشرب

قال ومن حلف لا يأكل من هذه النخلة فهو على ثمرها لانه اضاف اليمين الى مالا يؤكل فتنصرف الى مايخرج منه وهو الثمر لانه سبب له فيصلح مجازا عنه لكن الشرط ان لا يتغير بصنعة جديدة حتى لا يحنث بالنبيذ والخل والدبس المطبوخ وان حلف لا يأكل من هذا البسر فصار رطبا فاكله لم يحنث وكذا اذا حلف لا يأكل من هذا الرطب او من هذا اللبن فصار تمرا او صار اللبن شيرازا لم يحنث لان صفة البسورة والرطوبة داعية الى اليمين وكذا كونه لبنا فيتقيد به ولان اللبن مأكول فلا تنصرف اليمين الى مايتخذ منه

باب اليمين في الاكل والشرب

الاكل ايصال الشيء الى جوفه بفيه مهشوما اوغير مهشوم ممضوغا اوغير ممضوغ مما يتأتى فيه المضغ والهشم والشرب ايصال الشيء الى جوفه بفيه مما لا يتأتى فيه المضغ والهشم في حال ايصاله والذوق معرفة الشيء بفيه من غير ادخال عينه الاترى ان الاكل والشرب مفطر لا الذوق ولوحلف لا يأكل عنبا اورمانا فجعل يمضغه ويرمي بثفله ويبتلع ماءه لم يحنث لا في الاكل ولا في الشرب لان هذا يسمى مصا ولا يسمى اكلا ولاشربا ولو حلف ان لا يأكل هذا اللبن فشربه لايحنث وانما يحنث اذا ثرد فيه ولو حلف ان لا يشرب فثرد فيه فاكله لا يحنث قالوا هذا اذا كانت اليمين بالعربية فان كانت بالفارسية فاكل اوشرب كان حانثا وعليه الفتوى *

قوله لكن الشرط ان لا يتغير بصنعة جديدة لان بالصنعة يصير شيئا آخر والدليل

بخلاف ما اذا حلف لا يكلم هذا الصبي او هذا الشاب فكلمه بعدما شاخ لان هجران المسلم بمنع الكلام منهي عنه فلا يعتبر الداعي داعيا في الشرع ولو حلف لا يأكل لحم هذا الحمل فاكل بعدما صار كبشا حنث لان صفة الصغر في هذا ليست بداعية الى اليمين فان الممتنع عنه اكثر امتناعا عن لحم الكبش ومن حلف لا يأكل بسرا فاكل رطبا لم يحنث لانه ليس ببسر ومن حلف لا يأكل رطبا او بسرا او حلف لا يأكل رطبا ولا بسرا فاكل مذنبا حنث عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يحنث في الرطب يعني بالبسر المذنب ولا في البسر بالرطب المذنب لان الرطب المذنب يسمى رطبا والبسر المذنب يسمى بسرا

الذي يميل من الرطب وفي الذخيرة اذا حلف لا يأكل من هذه النخلة شيئا فأكل من ثمرها او طلعها او بسرها او دبسها حنث ثم قال واراد بالدبس ما يسيل من الرطب اذا اتخذ من الدبس ناطفا او نبيذا لا يحنث في يمينه لان يمينه انصرف الى ما يخرج من النخلة والنبيذ والناطف لم يخرجا من النخل كذلك ولو حلف لا يأكل من هذا الكرم شيئا فأكل من عنبه او زبيبه او عصيره حنث في يمينه لان هذه الاشياء خارجة من الكرم اما العنب والزبيب فظاهر واما العصير فلانه ماء العنب ولو اكل من خله لا يحنث لانه ليس بخارج منه بهذه الصفة الشيراز هو اللبن الرائب الخاثر اذا استخرج منه ماؤه حتى صار الصقر لاط كالفالوذج الخاثر

قوله بخلاف ما اذا حلف لا يكلم هذا الصبي ولو حلف لا يكلم صبيا يتقيد بالصبي وان كان حراما مهجورا شرعا لانه صار مقصودا بالحلف لكونه هو المعرف للمحلوف عليه فيجب تقييد اليمين به وان كان حراما كمن حلف ليشربن اليوم خمرا وليسرقن الليلة يتقيد اليمين وان كان حراما لصيرورة الشرب والسرقة مقصودين باليمين فيحنث ان لم يشرب ولم يسرق كذا هنا

فصار كما اذا كان اليمين على الشراء وله ان الرطب المذنب مايكون في ذنبه قليل بسر والبسر المذنب على عكسه فيكون آكله آكل البسر والرطب وكل واحد مقصود فى الاكل بخلاف الشراء لانه يصادف الجملة فيتبع القليل فيه الكثير ولو حلف لا يشتري رطبا فاشترى كباسة بسر فيها رطب لا يحنث لان الشراء يصادف الجملة والمغلوب تابع ولو كانت اليمين على الاكل يحنث لان الاكل يصادفه شيئا فشيئا فكان كل منهما مقصودا وصار كما اذا حلف لا يشتري شعيرا اولا يأكله فاشترى حنطة فيها حبات شعير واكلها يحنث فى الاكل دون الشراء لما قلنا ولو حلف لا يأكل لحما فاكل لحم السمك لا يحنث والقياس ان يحنث لانه يسمى لحما فى القرآن وجه الاستحسان ان التسمية مجازية لان اللحم منشأه من الدم ولادم فيه لسكونه فى الماء ٠

قوله فصار كما اذا كان اليمين على الشرى بان حلف لا يشتري رطبا فاشترى بسرا مذنبا اولا يشتري رطبا فاشترى كباسة بسر فيها رطب اولا يشتري شعيرا فاشترى حنطة فيها حبات شعير لم يحنث **قوله** فيكون آكله آكل البسر والرطب ولهذا لو ميزه فاكله يحنث اجماعا فكذا اذا اكله مع غيره فان قيل لو حلف لا يشرب هذا اللبن فصب فيه ماء والماء غالب لا يحنث وان شرب المحلوف عليه وزيادة قلنا اللبن بانصبابه فى الماء فيه يشيع في جميع اجزاء الماء فيصير مستهلكا حتى لا يرى مكانه وهنا يرى مكانه وكان قائما زمان التناول فان قيل الحنث يكون بالمضغ والابتلاع وعند ذلك يصير مستهلكا ولا يرى مكانه الا ترى انه لو حلف لا يأكل حنطة اكل شعيرا فيها حبات حنطة ان اكل حبة حبة حنث وان جمع بين الحبات من النوعين فى الاكل لا يحنث لانها تصير مستهلكة عنده

فكم

وان اكل لحم خنزير اولحم انسان يحنث لانه لحم حقيقي الا انه حرام واليمين قد يعقد للمنع من الحرام وكذا اذا اكل كبدا اوكرشا لانه لحم حقيقة فان نموه من الدم ويستعمل استعمال اللحم وقيل في عرفنا لايحنث لانه لا يعد لحما ولو حلف لا يأكل او لا يشتري شحما لم يحنث الا في شحم البطن عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يحنث في شحم الظهر ايضا وهو اللحم السمين لوجود خاصية الشحم فيه وهو الذوب بالنار وله انه لحم حقيقة الا تراه انه ينشأ من الدم ويستعمل استعماله وتحصل به قوته ولهذا يحنث باكله في اليمين على اكل اللحم ولا يحنث ببيعه في اليمين على بيع الشحم وقيل هذا بالعربية فاما اسم پيه بالفارسية لا يقع على شحم الظهر بحال ولو حلف لا يشتري او لا يأكل لحما او شحما فاشترى الية او اكلها لم يحنث لانه نوع ثالث حتى لا يستعمل استعمال اللحوم والشحوم ومن حلف لا يأكل هذه

قلنا نعم كذلك ولكن معنى الاستهلاك ثمه اوضح لانه حينئذ لا يجد من طعم الحنطة شيئا في حلقه بخلاف ما لو اكل بسرا مذنبا او رطبا مذنبا لانه يجد في حلقه شيئا من حموضة البسر وحلاوة الرطب وقيل الجواب فيهما واحد*

قوله وان اكل لحم خنزير ا و لحم انسان يحنث لانه لحم حقيقة والصحيح انه لا يحنث بلحم الخنزير والادمي لان اكله ليس بمتعارف ومبنى الايمان على العرف وذكر الزاهد العتابي انه لا يحنث وعليه الفتوى **قوله** وقالا يحنث في شحم الظهر وذكر الطحاوي قول محمد رحمة الله تعالى عليه مثل قول ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه لابي يوسف رحمة الله تعالى عليه ان شحم الظهر يذاب ويصلح لما يصلح له الشحم فكان كشحم البطن الا ترى ان الله تعالى استثنى شحم الظهر من الشحوم حيث قال ومن البقر والغنم حرمنا عليهم شحومهما الا ما حملت ظهورهما

الحنطة لم يحنث حتى يقضمها ولو اكل من خبزها لم يحنث عند ابي حنيفة رحمه الله

او الحوايا اوما اختلط بعظم وحقيقة الاستثناء ان يكون المستثنى من جنس المستثنى منه فصارت الشحوم اربعة شحم الظهر وشحم مختلط بالعظم وشحم على ظاهر الامعاء وشحم البطن واتفقوا على انه يحنث في شحم البطن والثلثة على الاختلاف وله انه لا يطلق اسم الشحم على اللحم السمين ولهذا لو حلف لاياكل لحما فاكل شحما يحنث وكيف يكون شحما مع كونه لحما ويقال له اللحم السمين بالعربية وبالفارسية فربهي لا پيه واما الاستثناء فهو منقطع بدليل استثناء الحوايا فان قبل المراد ما حملته الحوايا من الشحم قلنا ذاك اضمار وهو خلاف الاصل والانقطاع فى الاستثناء وان كان خلاف الاصل لكنه يثبت اذا دل الدليل وقد دل الدليل ههنا وهو قوله او ما اختلط بعظم لان احدا لم يقل بان مخ العظم شحم وقيل لو كانت يمينه على الشراء لا يحنث بشحم الظهر اتفاقا لان الشراء لا يتم بالبائع وبائع شحم الظهر يسمى لحاما لا شحاما بخلاف الاكل عندهما لان الاكل يتم بالاكل وحده وشحم الظهر شحم عندهما وبان لا يحنث في فصل الشراء لا يدل على انه ليس بشحم عندهما فقد اكل الشحم فيحنث الا ترى ان من حلف لايشتري طعاما فاشترى لحما لم يحنث لان بائعه يسمى لحاما ولو حلف لاياكل طعاما يحنث باكل اللحم لان الاكل يتم بالاكل وحده ومن حلف لايشتري حديدا فاشترى درعا من حديد لايحنث لان بائعه يسمى زرادا لا حدادا ولو حلف لا يمس حديدا فمس درعا حنث لان المس يتم به وحده وقيل فصل الشراء على الخلاف وهو اختيار صاحب الهداية رحمه الله حيث جمع بين الاكل والشراء وذكر فيه الخلاف واختلف المشايخ في تعين محل الخلاف قال بعضهم الخلاف فى اللحم السمين على الظهر فعلى هذا كلام ابي حنيفة رحمه الله اظهر

وقالا ان اكل من خبزها حنث ايضا لانه مفهوم منه عرفا لابي حنيفة رح ان له حقيقة مستعملة فانها تقلى وتغلى وتؤكل قضما وهي قاضية على المجاز المتعارف على ما هو الاصل عنده ولو قضمها حنث عندهما هو الصحيح لعموم المجاز كما اذا حلف لا يضع قدمه في دار فلان واليه الاشارة بقوله فى الخبز حنث ايضا ولو حلف لا يأكل من هذا الدقيق فاكل من خبزه حنث لان عينه غير مأكول فانصرف الى ما يتخذ منه ولو استفه كما هو لا يحنث هو الصحيح لتعين المجاز مرادا ولو حلف لا يأكل خبزا فيمينه على ما يعتاد اهل المصر اكله خبزا وذلك خبز الحنطة والشعير لانه هو المعتاد في غالب البلدان ولو اكل من خبز القطائف لا يحنث لانه لا يسمى خبزا مطلقا الا اذا نواه لانه محتمل كلامه وكذا لو اكل خبز الارز بالعراق لم يحنث لانه غير معتاد عندهم حتى لو كان بطبرستان او في بلدة طعامهم ذلك يحنث ولو حلف لا ياكل الشواء فهو على اللحم دون الباذنجان والجزر لانه يراد به اللحم المشوي عند الاطلاق الا ان ينوي ما يشوى من بيض او غيره لمكان الحقيقة

قوله وقالا ان اكل من خبزها حنث ايضا لانه مفهوم منه عرفا يقال اهل بلدة كذا يأكلون الحنطة والمراد باطن الحنطة وذا عام يتناول عينها وما يتخذ منها فوجب العمل لعموم المجاز كمن حلف لا يضع قدمه في دار فلان يحنث بالدخول حافيا ومتنعلا وراكبا وراجلا لانه مجاز عن الدخول ومحمد رح مر على اصله فى السويق المتخذ منه لانه اكل المتخذ منه وابو يوسف رح خالف اصله لان حلفه انما يقع على المتخذ منه عرفا ولا عرف فى السويق والجواب لابي حنيفة رح عن قولهما ان التعارف فى الحنطة المطلقة لا في هذه الحنطة فعلى هذا اذا حلف لا يأكل الحنطة يجب ان لا يحنث باكل الحنطة عندهم جميعا كذا ذكره شيخ الاسلام خواهر زاده رح **قوله** ولو استفه كما هو لم يحنث وقيل يحنث لانه اكل الدقيق حقيقة ولو عني اكل الدقيق بعينه لم يحنث باكل الخبز لانه حقيقة كلامه •

وان حلف لا يأكل الطبيخ فهو على ما يطبخ من اللحم وهذا استحسان اعتبار للعرف وهذا لان التعميم متعذر فيصرف الى خاص هو متعارف وهو اللحم المطبوخ بالماء الا اذا نوى غير ذلك لان فيه تشديدا وان اكل من مرقه يحنث لما فيه من اجزاء اللحم ولانه يسمى طبيخا ومن حلف لا يأكل الرؤس فيمينه على ما يكبس فى التنانير ويباع فى المصر ويقال يكنس وفى الجامع الصغير ولو حلف لا يأكل رأسا فهو على رؤس البقر والغنم عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله على الغنم خاصة وهذا اختلاف عصر وزمان كان العرف في زمنه فيهما وفي زمنهما فى الغنم خاصة وفي زماننا يفتى على حسب العادة كما هو المذكور فى المختصر وان حلف لا يأكل فاكهة فاكل عنبا او رمانا او رطبا او قثاء او خيارا لم يحنث وان اكل تفاحا او بطيخا او مشمشا حنث وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح حنث فى العنب والرطب والرمان ايضا والاصل ان الفاكهة اسم لما يتفكه به قبل الطعام وبعده اي يتنعم به زيادة على المعتاد والرطب واليابس فيه سواء بعد ان يكون التفكه به معتادا حتى لا يحنث بيابس البطيخ وهذا المعنى موجود فى التفاح واخواتها فيحنث بها وغير موجود فى القثاء والخيار لانهما من البقول بيعا واكلا فلا يحنث بهما واما العنب والرطب والرمان فهما يقولان ان معنى التفكه موجود فيها فانها اعز الفواكه والتنعم بها يفوق التنعم بغيرها وابوحنيفة رح يقول ان هذه الاشياء مما يتغذى بها ويتداوى بها

قوله وان حلف لا يأكل الطبيخ فهو على مايطبخ من اللحم اي بالماء واما القلية اليابسة فلا يسمى مطبوخا وهذا استحسان والقياس ان يحنث فى اللحم وغيره مما هو مطبوخ ولكن الاخذ بالقياس متعذر حيث ينسد عليه باب المطعومات والمسهل من الدواء مطبوخ ونحن نعلم انه لولم يرد به ذلك فحملناه على خاص وهو متعارف وهو اللحم لانه الذي يطبخ فى العادات الظاهرة ومتخذه يسمى طباخا فاما من طبيخ الآخر فلا يسمى طباخا **قوله** والرطب واليابس فيه سواء

فاوجب تصورا في معنى التفكه للاستعمال في حاجة البقاء ولهذا كان اليابس منها من التوابل او من الاقوات ولو حلف لا يأتدم فكل شيء اصطبغ به ادام والشواء ليس بادام والملح ادام وهذا عند ابي حنيفة وابو يوسف رحمهما الله تعالى وقال محمد رحمة الله تعالى عليه كل ما يؤكل مع الخبز غالبا فهو ادام وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله تعالى

يعني ان ما كان فاكهة لا فرق بين رطبه ويابسه بعد ان يكون التفكه به معتادا حتى لا يحنث بيابس البطيخ لان التفكه به غير معتاد ●

قوله فاوجب قصورا في معنى التفكه وهذا لان الفاكهة اسم لما يكون تبعا فيما يكون اصلا من وجه من حيث انه يصلح للغذاء والدواء لا يتناوله اسم الفاكهة لان جهة الاصالة فيها وجب قصورا في تبعيته فلا يتناوله اسم التبع كما لا يتناول اسم الشحم اللحم السمين وكما لا يتناوله اسم المبني عن كال مسماه القاصر كاللحم لا يتناول السمك والمملوك لا يتناول المكاتب **قوله** ولهذا كان اليابس منها من التوابل كيابس الرمان اومن الاقوات كيابس العنب يريد به ان يابس هذه الاشياء لا يعد فاكهة فيجب ان يكون رطبها كذلك وقيل هذا اختلاف عصر وزمان فاليابس في زمن ابي حنيفة رحمه الله كانوا لا يتفكهون بها وفي زمنهما يتفكهون فافتى كل بحسب ما شاهد في زمانه وفي المحيط العبرة للعرف فما يؤكل على سبيل التفكه عادة ويعد فاكهة في العرف يدخل تحت اليمين ومالا فلا **قوله** ولو حلف لا يأتدم فكل شيء اصطبغ به فهو ادام ولفظ اصطبغ به على البناء للمفعول وفي المغرب الصبغ ما يصبغ به ومنه الصبغ من الادام لان الخبز يغمس فيه ويلون به كالخل والزيت ويقال اصطبغ الخبز بالخل

لان الادام من المؤادمة وهي الموافقة وكل ما يؤكل مع الخبز موافق له كاللحم والبيض ونحوه ولهما ان الادام مايؤكل تبعا والتبعية فى الاختلاط حقيقة ليكون قائمابه وفي ان لايؤكل على الانفراد حكما وتمام الموافقة فى الامتزاج ايضا والخل وغيره من المائعات لا يؤكل وحدها بل يشرب والملح لا يؤكل بانفراده عادة ولانه يذوب فيكون تبعا بخلاف اللحم وما يضاهيه لانه يؤكل وحده الا ان ينويه لما فيه من التشديد والعنب والبطيخ ليس بادام هو الصحيح واذا حلف لا يتغدى فالغداء الاكل من طلوع الفجر الى الظهر والعشاء من صلوة الظهر الى نصف الليل لان ما بعد الزوال يسمى عشيا ه

قوله لان الادام من المؤادمة وهى الموافقة قال صلى الله عليه وسلم لمغيرة بن شعبة رضى الله عنه حين خطب امرأة ابصرها فانه احرى ان يؤدم بينكما اي يوافق **قوله** كاللحم والبيض ونحوه كالجبن والسمك **قوله** والتبعية فى الاختلاط حقيقة يعنى التبعية حقيقة فى الاختلاط ليكون قائما فيه والتبعية حكما في ان لايؤكل وحده واللبن لا يتاتى فيه الاكل وحده لان ذلك يكون شربالااكلا وكذا الخل ونحوه من المائعات واما العنب والطبيخ قيل على الاختلاف وذكر الامام السرخسي رحمه الله انه ليس بادام بالاجماع وهو الصحيح والبقل ليس بادام بالاجماع لان آكله لايسمى مؤتدما **قوله** فالغداء الاكل من طلوع الفجر الى الظهر وهذا توسع في العبارة ومعناه اكل الغداء والعشاء والسحور على حذف المضاف وذلك لان الغداء اسم لطعام الغداة لا اسم اكله وكذلك العشاء بالفتح والمد اسم لطعام العشي كذا فى المغرب ه

ولهذا يسمى الظهر احدى صلوتي العشاء فى الحديث والسحور من نصف الليل الى طلوع الفجر لانه ماخوذ من السحر وينطلق على مايقرب منه ثم الغداء والعشاء مايقصد به الشبع عادة وتعتبر عادة اهل كل بلدة في حقهم ويشترط ان يكون اكثر من نصف الشبع

ومن قال ان لبست او اكلت اوشربت فعبدي حر وقال عنيت شيئا دون شيء لم يدين في القضاء وغيره لان النية انما تصح فى الملفوظ و الثوب وما يضاهيه غير مذكور تنصيصا و المقتضى لاعموم له فلغت نية التخصيص فيه

قوله ولهذا يسمى الظهر احدى صلوتي العشاء روي ان النبي عليه السلام انصرف من احدى صلوتي العشاء على ركعتين اما الظهر والعصر فسمى الراوي هاتين الصلوتين صلوتي العشاء **قوله** وينطلق على مايقرب منه السحور مأخوذ من السحر وانه اسم آخر الليل قبل طلوع الفجر فكان منتصف الليل قريبا من السحر فيطلق عليه اسم السحر **قوله** ثم الغداء والعشاء مايقصد به الشبع عادة حتى لو اكل لقمة اولقمتين لا يحنث ومقدار الغداء والعشاء ان يأكل اكثر من نصف الشبع **قوله** وتعتبر عادة اهل كل بلدة في حقهم يعني ان كانت خبزا فخبز وان كانت لحما فلحم حتى ان الحضري لوحلف عليه ترك الغداء وشرب اللبن لم يحنث والبدوي بخلافه لانه غداء في البادية والضحي مابين طلوع الشمس وبين ارتفاع الضحى الاكبر وروي عن محمد رحمه الله فيمن حلف لايكلمه الى السحر قال اذا دخل ثلث الليل الاخير وكلمه لم يحنث لان وقت السحر ماقرب من الفجر وانتهت اليمين بدخول وقت السحر والمساء لهما آن احدهما انه اذا زالت الشمس والآخر اذا غربت الشمس فاذا حلف بعد الزوال لا يفعل كذا حتى يمسي فهذا على غيبوبة الشمس لانه لا يمكن حمل اليمين على المساء الاول فيحمل على الثاني كذا فى الايضاح ٥

وان قال ان لبست ثوبا او اكلت طعاما او شربت شرابا لم يدين فى القضاء خاصة لانه نكرة فى محل الشرط فتعم فعملت نية التخصيص فيه الا انه خلاف الظاهر فلا يدين فى القضاء ومن حلف لايشرب من دجلة فشرب منها باناء لم يحنث حتى يكرع منها كرعا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا اذا شرب منها باناء يحنث لانه المتعارف المفهوم

قوله ومن قال ان لبست الى قوله لم يدين فى القضاء وغيره اي لا يصدق قضاء وديانة لان النية تعمل فى الملفوظ لانها لتعيين ما احتمله اللفظ والثوب وما يضاهيه غير ملفوظ وانما ثبت مقتضى ولا عموم للمقتضى عندنا فلم يحتمل التخصيص وعند الشافعي رحمه الله يصدق ديانة لان للمقتضى عموما عنده وعن ابي يوسف رحمه الله انه يصدق فيمابينه وبين الله وبه اخذ الخصاف رحمه الله ولو قال ان خرجت ونوى السفر يصدق ديانة لتنوعه الى مديد وقصير فصح تعيينه احدهما ولو نوى مكة لا يصدق قضاء وديانة ولو حلف لايساكن ونوى المساكنة في بيت واحد يصدق لانه نوى اتم مايكون من المساكنة فان اعم ما يكون من المساكنة في بلده والمطلق من المساكنة فى العرف في دار واحدة واتم مايكون من المساكنة في بيت واحد فهذه النية ايضا يرجع الى نوع المساكنة الثابتة بصيغة كلامه والاصل فيه عندنا انه متى ذكر الفعل ونوى التخصيص فى المفعول كنية التخصيص فى الملبوس والمطعوم والمشروب في مسئلة الكتاب لا تصح نيته وكذا لو نوى تخصيص الحال بان يقول لرجل وهو قائم والله لا اكلمه ونوى حالة قيامه لا يصح الان يقول في يمينه لا اكلم هذا الرجل القائم وكذا لو نوى تخصيص الصفة بان يقول لا اتزوج امرأة ونوى كوفية او بصرية لغت نيته ولو نوى عجمية او حبشية عملت نيته فيمابينه وبين الله تعالى لانه نوى التخصيص فى الجنس وذلك في لفظه كذا فى المبسوط **قوله** حتى يكرع منها الكرع تناول الماء بالفم من موضعه يقال كرع الرجل فى الماء

قل

هذا القول متعلق بالصفحة السابقة ٥١٦

وله ان كلمة من للتبعيض وحقيقة فى الكرع وهي مستعملة ولهذا يحنث بالكرع اجماعا فمنعت المصير الى المجاز وان كان متعارفا وان حلف لا يشرب من ماء دجلة فشرب منها باناء حنث لانه بعد الاغتراف بقي منسوبا اليه وهو الشرط

فى الاباء اذا مد عنقة نحوه ليشربه ومنه كره عكرمة الكرع فى النهر لانه فعل البهيمة يدخل فيه اكارعه ٥

قوله وله ان كلمة من للتبعيض وحقيقة فى الكرع اي حقيقة في ان يضع فاه على بعض الدجلة وفى الكرع ذلك اولا بتداء الغاية وذلك في ان يكون ابتداء شربه من دجلة والحقيقة مستعملة عرفا وشرعا اما عرفا فظاهر واما شرعا جاء فى الحديث ان النبي صلعم قال لقوم نزل عندهم هل عندكم ماء باق فى الشن والاكرعنا فى الوادي الحقيقة مراده هنا ولهذا يحنث بالكرع اجماعا فمنعت المصير الى المجاز وان كان متعارفا فان قيل لانسلم ان الحنث فى الكرع باعتبار الحقيقة بل باعتبار العمل بعموم المجاز كما في قوله لا يضع قدمه في دار فلان ولما كان كذلك وجب ان يحنث فيما اذا شربه بالاعتراف لما ان الحكم في عموم المجاز كذلك قلنا الكرع من الفرات مستعمل والحكم يترتب على الحقيقة دون المجاز اذا كانت مستعملة بخلاف قوله لا يضع قدمه الى دار فلان فان ذلك صار عبارة عن الدخول فى العرف ولهذا لايحنث بوضع القدم اذا لم يدخل والاختلاف فيما اذا حلف لا يشرب من دجلة نظير الاختلاف فيما اذا حلف لا يأكل من هذه الحنطة **قوله** وهو الشرط اي كونه منسوبا الى دجلة بخلاف ما تقدم لان الشرط ثم ان يكون ابتداء شربه من موضع يسمى دجلة او بعض دجلة ولو حلف لايشرب من هذا الكوز فصب الماء في كوز آخر فشرب منه لم يحنث لتبدل النسبة ولو حلف لايشرب من الفرات فشرب من نهر آخر منه لم يحنث

فصار كما اذا شرب من ماء نهر يأخذ من دجلة ومن قال ان لم اشرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم فامرأته طالق وليس فى الكوز ماء لم يحنث فان كان فيه ماء فاهريق قبل الليل لم يحنث وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله يحنث في ذلك كله يعني اذا مضى اليوم وعلى هذا الخلاف اذا كان اليمين بالله تعالى واصله ان من شرط انعقاد اليمين وبقائه التصور عندهما خلافا لابي يوسف رحمه الله لان اليمين انما تعقد للبر فلا بد من تصور البر ليمكن ايجابه وله انه امكن القول بانعقاده موجبا للبر على وجه يظهر في حق الخلف وهو الكفارة قلنا لا بد من تصور الاصل لينعقد في حق الخلف ولهذا لا ينعقد الغموس موجبا للكفارة ولو كانت اليمين مطلقة ففى الوجه الاول لا يحنث عندهما وعند ابي يوسف رحمه الله يحنث فى الحال وفى الوجه الثاني يحنث في قولهم جميعا

اجماعا اما عنده فلانه منصرف الى الكرع واما عندهما ولانه مثل الفرات في امساك الماء فتنقطع النسبة فخرج من عموم المجاز ولو حلف لايشرب من ماء الفرات فشرب من نهر آخر من الفرات حنث لان حلفه انعقد على ماء منسوب الى الفرات والنسبة لا تنقطع بالانهار الصغار *

قوله فصار كما اذا شرب من ماء نهر يأخذ من دجلة هذا اذا كان النهر الذي يأخذ من دجلة صغيرا اما اذا كان كبيرا تنقطع النسبة من دجلة **قوله** ولو كانت اليمين مطلقة اي غير موقتة بوقت وهو اليوم مثلا ففى الوجه الاول وهو ما اذا لم يكن فى الكوز ماء لا يحنث عندهما وعند ابي يوسف رحمة الله تعالى عليه يحنث فى الحال وفى الوجه الثاني وهو ما اذا كان الماء موجودا فى الكوز فاهريق يحنث في قولهم جميعا

فابو يوسف رحمة الله تعالى عليه فرق بين المطلق والموقت ووجه الفرق ان التوقيت للتوسعة فلا يجب الفعل الا في آخر الوقت فلا يحنث قبله وفى المطلق يجب البركما فرغ وقد عجز فيحنث فى الحال وهما فرقا بينهما ووجه الفرق ان فى المطلق يجب البركما فرغ فاذا فات البر بفوات ما عقد عليه اليمين يحنث في يمينه

قوله فابو يوسف رحمة الله تعالى عليه فرق بين المطلق والموقت اي في تنجز الحنث وتأخره فقال فى المطلق تنجيز الحنث كما فرغ من اليمين وفى الموقت باليوم بتأخر الحنث الى آخر اليوم وهما ايضا فرقا فى الحنث وعدمه لكن في صورة واحدة وهو ما اذا كان الماء موجودا وقت اليمين ثم اهريق نقالا فى المطلق يحنث وفى الموقت باليوم لا يحنث وجه الفرق لابي يوسف رحمة الله تعالى عليه ان فى اليمين المطلق يجب البركما فرغ من اليمين والتوقيت للتوسعة فلا يجب الفعل الا في آخر الوقت فان قيل التوقيت انما يكون للتوسعة ان لو وجب الفعل عليه فى الحال لولا ذكر الوقت وليس كذلك فان من عقد يمينه على الفعل مطلقا يجب عليه في آخر عمره كما في قوله ليأتين البصرة فيكون التوقيت على هذا للتضييق لا للتوسعة قلنا انما ينتظر آخر العمر في فعل يرجي بحقيقته كما في قوله ليأتين البصرة وهذا بمعزل من ذلک لانه لا يرجى شرب الماء المعدوم فلا فائدة فى الانتظار فيجب الفعل فى الحال ووجه الفرق لهما كذلك ان فى المطلق يجب البركما فرغ من اليمين ففوات المحلوف عليه بعد وجوب البر لا يمنع الحنث كما اذا مات الحالف والماء باق فاما فى الموقت يجب البر فى الجزء الاخير من الوقت لما عرف ان اليمين متى عقدت على فعل لا يمتد مضافا الى وقت تعين الجزء الاخير للزوم الفعل ولا يحنث بترک الفعل المحلوف عليه قبل ذلك لان الوقت صار ظرفا له لا معيارا فيلزم في جزء من ذلك الوقت ويتعين آخره كصلوة الظهر في وقت

كما اذامات الحالف والماء باق اما فى الموقت يجب البر فى الجزء الاخير من الوقت وعند ذلك لم تبق محلية البر لعدم التصور فلا يجب البر فيه وتبطل اليمين كما اذا عقده ابتداء في هذه الحالة ومن حلف ليصعدن السماء اوليقلبن هذا الحجر ذهبا

الظهر يتعين آخر الوقت وكذا اذا هلك المحلوف عليه قبل آخر الوقت لايحنث فى الحال بالاجماع ايضا وانما الخلاف فى الحنث بعد مضي الوقت عند ابي يوسف رح يحنث وعندهما لايحنث واذا ثبت ان البر يجب في آخر الوقت وعند ذلك لم يبق محلية البر لاراقة الماء قبل ذلك فلا يجب البر ويبطل اليمين فان قيل ينبغي ان يبقى اليمين ولا يبطل لان اعادة ذلك الماء مقدور وعقد اليمين ابتداء على تلك القدرة جائز كما اذا حلف ليقلبن هذا الحجر ذهبا فاولى ان يبقى المعقود على تلك القدرة قلنا ابتداء اليمين انعقدت فى الكوز على الممكن فى الظاهر وعند الاراقة مابقي ذلك الممكن ممكنا فلا تبقى اليمين على خلاف ما انعقدت اما في مسئلة الحجر اليمين انعقدت ابتداء على القدرة فى الجملة لاعلى الامكان الظاهر

قوله كما اذا مات الحالف يعني اذا مات الحالف قبل تحقيق البر فانه يحنث وتجب الكفارة خلفا عن البر بحكم العجز الثابت عادة وان كان البر متصورا باعادة الحيوة فكذا هنا بعد الفراغ عن اليمين وجب ان يحنث بالعجز الثابت عادة وتجب الكفارة وان كان البر متصورا باعادة الماء فان قيل العجز من حيث العادة عقيب اليمين لما كانت ترفع اليمين فالعجز المقارن لليمين اولى ان يمنعها من الانعقاد لان المنع اسهل من الرفع قلنا لما تغاير العجزان جاز ان يكون الطارئ رافعا والمقارن غير مانع كالشيخ الفاني عجزه عن الصوم لايمنع وجوب الصوم عليه ثم عجزه يرفع الواجب حتى ينتقل الى الفداء وكذا لو تزوج امة بغير اذن مولاها انعقد النكاح ولا يكون حق المولى مانعا انه من بقاء الانعقاد فاذا اشتراها

فلا

انعقدت يمينه وحنث عقيبها وقال زفر رحمه الله لاتنعقد لانه مستحيل عادة فاشبه المستحيل حقيقة فلا ينعقد ولنا ان البر متصور حقيقة لان الصعود الى السماء ممكن حقيقة الا ترى ان الملائكة يصعدون السماء وكذا تحول الحجر ذهبا بتحويل الله تعالى

من يحل له وطئها يصير حق المشتري رافعا لذلك العقد ولا تعمل الاجازة لماعرف ان الحل البات اذا طرء على حل موقوف ابطله فان قيل اذا حلف ليقتلن فلانا وهو عالم بموته تنعقد يمينه على حيوة يحدث فيه باحداث الله تعالى ثم لا تنعقد اليمين فى المسئلة الكوز على ماء يخلق الله تعالى فى الكوز بعد اليمين قلنا ان الله تعالى لو خلق الماء فى الكوز لم يكن هذا الماء محلوفا عليه اذ المحلوف عليه هو الماء الذي في هذا الكوز وقت اليمين بخلاف مسئلة القتل فان الله تعالى لو خلق الحيوة فى الميت الفلاني كان فلانا بعينه فلهذا لا فرق في مسئلة الكوز بعد ان يكون عالما بعدم الماء فى الكوز او لم يكن عالما وقت اليمين فى الصحيح من الجواب فان قيل هلا قدر اليمين كانه قال لا شربن الماء الذي في هذا الكوز ان خلق فيه الماء كما في مسئلة القتل ان كان عالما بموته قلنا قوله لا شربن الماء الذي في هذا الكوز عبارة عن الموجود كانه اشار والاشارة الى المعدوم لا تصح واذا كان هذا عبارة عن الموجود يعتبر بما لو نص عليه ولو نص عليه وقال لاشربن الماء الموجود في هذا الكوز ان خلق لا يستقيم ويكون وصفا منه للشيء الواحد بالوجود والعدم فلا يثبت اقتضاء فاما في مسئلة القتل لو نص عليه وقال لا قتلن فلانا ان عادت اليه الحيوة كان مستقيما فامكن اثباته اقتضاء *

قوله انعقدت يمينه وحنث عقيبها هذا اذا حلف مطلقا واما اذا وقت اليمين لم يحنث مالم يمض ذلك الوقت **قوله** الا ترى ان الملائكة يصعدونه وكذا الجن قال الله تعالى وانا لمسنا السماء فلما كانت السماء عينا لموسة بمحلوف كان المس متصورا لمحلوف آخر لا مستحيلا لان

واذا كان متصوراً انعقد اليمين موجبا لحلفه ثم يحنث بحكم العجز الثابت عادة كما اذا مات الحالف فانه يحنث مع احتمال اعادة الحيوة بخلاف مسئلة الكوز لان شرب الماء الذي في الكوز وقت الحلف ولا ماء فيه لا يتصور فلم ينعقد والله تعالى اعلم بالصواب ٭

باب اليمين فى الكلام

ومن حلف لا يكلم فلانا فكلمه وهو بحيث يسمع الا انه نائم حنث لانه قد كلمه ووصل الى سمعه لكنه لم يفهم لنومه

مستحيل الوجود في نفسه لا يختلف بين محلوف ومحلوف له فكان مستحيل الوجود في حق الكل كاستحالة الجمع بين الحركة والسكون وكذا تحول الحجر ذهبا بتحويل الله تعالى كما يحكى عن بعض الاخيار ٭

قوله واذا كان متصوراً انعقد اليمين وذلك لان الايجاب من العبد معتبر بالايجاب من الله تعالى واليمين جهة في ايجاب البر والايجاب من الله تعالى يعتمد التصور دون القدرة فيما له حلف الا ترى ان الصوم واجب على الشيخ الفاني وان لم يكن له قدرة لمكان التصور وللحلف فكذلك ههنا حنث عقيب وجوب البر فوجبت الكفارة للعجز الثابت عادة كما وجبت الفدية هناك عقيب وجوب الصوم كذا في الفوائد الظهيرية والله تعالى اعلم بالصواب ٭

باب اليمين فى الكلام

قوله ومن حلف لا يكلم فلانا فكلمه وهو بحيث يسمع الا انه نائم حنث اعلم ان التكلم عبارة عن اسماعه كلامه كما في تكليم نفسه فانه عبارة عن اسماع نفسه الا ان اسماع الغير امر

فصار كما اذا ناداه وهو بحيث يسمع لكنه لم يفهم لتغافله وفي بعض روايات المبسوط شرط ان يوقظه وعليه مشايخنا رح لانه اذا لم ينتبه كان كما اذا ناداه من بعيد وهو بحيث لا يسمع صوته ولو حلف لا يكلمه الا باذنه فاذن له ولم يعلم بالاذن حتى كلمه حنث لان الاذن مشتق من الاذان الذي هو الاعلام او من الوقوع في الاذن

باطن لا يوقف عليه فاقيم السبب المؤدي اليه مقامه وهو ان يكون بحيث لو اصغى اليه اذنه ولم يكن به مانع يسمع ودار الحكم معه وسقط اعتبار حقيقة الاسماع كذا في مبسوط شيخ الاسلام رحمه الله وذكر في الذخيرة لا يحنث حتى يتكلم بكلام مستأنف بعد اليمين منقطع عنها فان كان موصولا لم يحنث نحو ان يقول ان كلمتك فانت طالق فاذهبي او قومي لان هذا من تمام الكلام الاول فلا يكون مرادا باليمين وكذلك اذا قال واذهبي الا ان يريد بهذا كلاما مستأنفا فعلى هذا لو قال الرجل لغيره ان ابتدأتك بالكلام فعبدي حر فالتقيا وسلم كل واحد منهما صاحبه معا لم يحنث الحالف فيه لان شرط الحنث كلام موصوف بصفة البداءة والبداءة بالسبق والحالف ان كلمه بالسلام الا انه لم يسبقه وسقط اليمين عن الحالف بهذا الكلام حتى لا يحنث ابدا بحكم هذه اليمين لوقوع الياس عن كلامه بصفة البداءة لان كل كلام يوجد بعد هذا من الحالف انما يوجد بعد كلام المحلوف عليه وعن هذه المسئلة قلنا ان الرجل اذا قال لامرأته ان ابتدأتك بكلام فانت طالق وقالت المرأة له ان ابتدأتك بكلام فجاريتي حرة ثم ان الزوج كلمها بعد ذلك لا يحنث في يمينه لان المرأة كلمته بعد اليمين حيث قالت ان ابتدأتك بكلام ولا يكون الزوج مبتدئا لها ثم المرأة بتكلمها لا يحنث في يمينها ايضا لانها ما ابتدأت بالكلام*

قوله فصار كما اذا ناداه وهو بحيث يسمع الا انه لم يفهمه لتغافله فان هناك يحنث لانه اوقع

وكل ذلك لا يتحقق الا بالسماع وقال ابو يوسف رحمه الله لا يحنث لان الاذن هو الاطلاق وانه يتم بالآذن كالرضاء قلنا الرضاء من اعمال القلب ولا كذلك الاذن على ما مر

وان حلف لا يكلمه شهرا فهو من حين حلف لانه لو لم يذكر الشهر تتابد اليمين وذكر الشهر لاخراج ما وراءه فبقي الذي يلي يمينه داخلا عملا بدلالة حاله بخلاف ما اذا قال والله لا صومن شهرا لانه لو لم يذكر الشهر لا تتابد اليمين فكان ذكره لتقدير الصوم به وانه منكر فالتعين اليه

صوته في اذنه وان لم يفهم لتغافله اي لغفلته فيحنث الا ترى انه لو ناداه وهو بعيد يسمى هاذيا ولو ناداه وهو قريب يسمى مناديا كذا في المبسوط

قوله وكل ذلك لا يتحقق الا بالسماع فان قيل يشكل بما اذا اذن عبده وهو لا يعلم صار مأذونا عند ابي حنيفة رحمه الله قلنا ان العبد كان من اهل التصرف بالادمية الا انه كان محجورا لحق المولى فاذا اذن المولى فقد ارتفع المانع وارتفاع المانع لا يتوقف على سماعه وعلمه واما في اليمين فلما حرم كلامه باليمين الا عند الاذن صار الاذن مثبتا لاباحة الكلام للحالف فلا بد من الاعلام بذلك **قوله** وانه يتم بالاذن كالرضاء يعني اذا حلف لا يكلمه الا برضاه فرضي المحلوف عليه بالاستثناء ولم يعلم الحالف فكلمه لا يحنث لما ان الرضا يتم بالراضي فكذلك الاذن يتم بالآذن **قوله** ولا كذلك الاذن على ما مر وهو قوله لان الاذن مشتق من الاذان الذي هو الاعلام ولا يتحقق ذلك الا بالسماع **قوله** وان حلف لا يكلمه شهرا فهو من حين حلف الى قوله عملا بدلالة حاله وهو الغيظ الذي لحقه في الحال لان الحامل على اليمين غيظ لحقه منه في الحال فيمنع نفسه عن التكلم معه في الحال **قوله** لانه لو لم يذكر الشهر لا تتابد اليمين اما لان قوله لا صومن اثباتي بخلاف قوله لا يكلمه فانه عدمي والعدمي يستغرق بخلاف الاثباتي الا ترى انه كيف استغرق النهي في قوله لا تفعل ولم يستغرق الامر في قوله افعل واما لان الصوم غير صالح للتابيد لتخلل الاوقات التي لا تصلح ان تكون محلا للصوم بخلاف

وان حلف لا يتكلم فقرء القرآن في صلوته لا يحنث وان قرء في غير صلوته حنث وعلى هذا التسبيح والتهليل والتكبير وفي القياس يحنث فيهما وهو قول الشافعي رحمة الله تعالى عليه لانه كلام حقيقة ولنا انه

الامتناع عن الكلام فان الاوقات كلها سواء في حقه فكان ذكر الشهر لتقدير الصوم به وانه منكر ولم يتعين الشهر الذي يلي اليمين وبمثله ان تركت الصوم شهرا يتعين الشهر الذي يليه ولو قال صوم شهر لا يتعين لان في الاول ادخل اللام فيه فاقتضى صوم العمر فكان ذكر الشهر لاخراج ما وراءه عن اليمين وفي الثاني اضاف الصوم الى الشهر فصار الشهر لتقدير الصوم كذا ذكره الامام التمرتاشي رحمه الله فان قيل يشكل بما اذا قال امرك بيدك شهرا فانه يتعين الذي يليه وان كان لا يتأبد اذا لم يذكر الشهر قلنا قوله امرك بيدك موجبه تفويض الطلاق اليها في الساعة ويقتصر المجلس فذكر الشهر فيه لمد الحكم من هذه الساعة الى الشهر فتعين الشهر اذ لو لم يتعين لا يكون لمد الحكم من هذه الساعة الى الشهر بخلاف فصل الصوم فان قوله والله لا صومن لا يتعين فيه الساعة ولا يقتصر على المجلس فافترقا ٥

قوله وان حلف لا يتكلم فقرء القرآن في صلوته لم يحنث وان قرأ في غير صلوته حنث لانه متكلم بكلام الله تعالى **قوله** وعلى هذا التسبيح والتهليل والتكبير اي لا يحنث بها في الصلوة ويحنث بها خارج الصلوة وقال الفقيه ابو الليث رح ان عقد يمينه بالفارسية لا يحنث بالقراءة والتسبيح خارج الصلوة ايضا للعرف فانه يسمى قارئا مسبحا لا متكلما وعليه الفتوى وقال شيخ الاسلام المعروف بخواهرزاده رح لا يحنث خارج الصلوة اذا قرأ او سبح او هلل لانصراف يمينه الى كلام الناس والقياس ان يحنث في الوجوه كلها لانه كلام حقيقة باعتبار انه معنى ينافي السكوت والآفة والطفولة والخرس والقرآن كلام الله قال الله

في الصلوة ليس بكلام عرفا ولا شرعا قال صلى الله عليه وسلم ان صلاتنا هذه لا يصلح فيها شيء من كلام الناس وقيل في عرفنا لا يحنث في غير الصلوة ايضا لانه لا يسمى متكلما بل قارئا او مسبحا ولو قال يوم اكلم فلانا فامرأته طالق فهو على الليل والنهار لان اسم اليوم اذا قرن بفعل لا يمتد يراد به مطلق الوقت قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره

تعالى حتى يسمع كلام الله فالتكلم به له حكم التكلم وكذا التسبيح والتهليل كلام ايضا قال عليه السلام ان الله تعالى اختار من الكلام اربعا هن من القرآن وليس بقرآن سبحان الله والحمد لله ولا اله الا الله والله اكبر

قوله في الصلوة ليس بكلام عرفا ولا شرعا اما عرفا فظاهر واما شرعا فلان الشرع لم يجعل القارئ في الصلوة متكلما حيث قال لا يصلح فيها شيء من كلام الناس والقراءة مشروعة فلا تكون كلاما **قوله** لان اسم اليوم اذا قرن بفعل لا يمتد يراد به مطلق الوقت اعلم ان لفظ اليوم يطلق على بياض النهار بطريق الحقيقة اتفاقا وعلى مطلق الوقت بطريق الحقيقة عند البعض فيصير مشتركا وبطريق المجاز عند الاكثر وهو الصحيح لان حمل الكلام على المجاز اولى من حمله على الاشتراك عند تعارض المجاز والاشتراك لان المجاز في الكلام اكثر فيحمل على الاغلب ثم لا شك انه ظرف فان كان مظروفه مما يمتد وهو ما يصح فيه ضرب المدة اي يصح تقديره بمدة كاللبس والمساكنة والركوب ونحوها فانه يصح ان يقدر بزمان يقال لبست هذا الثوب يوما وركبت هذه الدابة يوما وساكنته في دار واحدة شهرا يحمل على بياض النهار لانه يصلح مقدارا له فكان الحمل عليه اولى وان كان مظروفه مما لا يمتد كالخروج والدخول والقدوم اذ لا يصح تقديره هذه الافعال بزمان يحمل على مطلق الوقت اعتبارا للتناسب واختلف

والكلام لايمتد وان عني النهار خاصة دين فى القضاء لانه مستعمل فيه ايضا وعن ابي يوسف رحمة الله تعالى عليه انه لايدين فى القضاء لانه خلاف المتعارف ولوقال ليلة اكلم فلانا فهو على الليل خاصة لانه حقيقة في سواد الليل كالنهار للبياض خاصة

عبارة المشايخ رحمهم الله في قوله اذا قرن بفعل لايمتد ذكر بعضهم ان الفعل المقرون به هوالذي تنصب به اليوم كالامر باليد في قوله امرك بيدك يوم يقدم فلان فانه مما يمتد فلهذا اختص ببياض النهار وذكر بعضهم ان الفعل المقرون به هوالذي اضيف اليه اليوم كما في قوله يوم اكلم فلانا فامرأته طالق حيث قال والكلام مما لايمتد فحمل على مطلق الوقت وكذا قوله يوم اتزوجك فانت طالق فتزوجها ليلا طلقت لان التزوج مما لايمتد جعل الفعل المقرون به التزوج والمسائل فى الجامع الصغير وغيره لكن هذا تسامح فى العبارة لما لم يختلف الجواب فيما اذا كان المضاف اليه مما لا يمتد وكذا الجزاء كالطلاق والحرية تسامحوا في ذلك فجعلوا الفعل المقرون به هوالمضاف اليه اما فيما اذا كان المضاف اليه غير ممتد كالقدوم والجزاء ممتد كالامر باليد في قوله امرك بيدك يوم يقدم فلان اعتبروا الجزاء وحملوه على بياض النهار آخذا بالتحقيق فظهر من هذا ان المراد بالفعل المقرون به هوالجزاء لا المضاف اليه•

قوله والكلام لايمتد فان قيل الكلام يمتد ولهذا يقبل التوقيت فيقال كلمت الى المساء كما يقال لبثت يوما قلنا الكلام عرض والعرض لا يقبل الامتداد لذاته وانما جعل ممتدا بتجدد امثاله كالضرب والجلوس والركوب وغيرذلك الا ان استدامة الركوب وامثاله فى المرة الثانية مثل الاولى من كل وجه فجعل كالعين الممتد اما الكلام الثاني لايكون مثل الاول من كل وجه اذ يكون بعضه خبرا وبعضه امرا وبعضه نهيا فلم ينتقم القول فيه بتجدد الامثال

وماجاء استعماله في مطلق الوقت ولوقال ان كلمت فلانا الا ان يقدم فلان اوقال حتى يقدم فلان أوقال الا ان يأذن فلان اوحتى يأذن فلان فامرأته طالق فكلمه قبل القدوم اوالاذن حنث ولوكلمه بعد القدوم والاذن لم يحنث لانه غاية واليمين باقية قبل الغاية ومنتهية بعدها فلا يحنث بالكلام بعد انتهاء اليمين وان مات فلان سقط اليمين خلافا لابي يوسف رحمة الله تعالى عليه

قوله وما جاء استعماله في مطلق الوقت اي المذكور بعبارة الفرد اما اذا ذكر بلفظ الجمع فلا يختص بسواد الليل كما في قول الشاعر (شعر)

وكنا حسبنا كل سوداء تمرة ليالي لاقينا الجذيم وحميرا

والمراد به الوقت **قوله** لانه غاية اما في كلمة حتى فظاهر لانها للغاية قال الله تعالى هي حتى مطلع الفجر وكذا الا ان قال الله تعالى ولا تيمموا الخبيث الى ان قال الا ان تغمضوا فيه معناه والله اعلم حتى تغمضوا فيه وكذا قوله تعالى ولا تدخلوا بيوت النبي الا ان يؤذن لكم فان قيل كلمة الا ان للشرط بدليل انه لوقال انت طالق الا ان يقدم فلان فهو بمنزلة قوله ان لم يقدم فلان قلنا هي للغاية فيما يحتمل التأقيت والطلاق مما لا يحتمل التأقيت حتى لو قال لها انت طالق شهرا يتأبد وهذا لان كلمة الا للاستثناء حقيقة وبينه وبين الغاية مناسبة من حيث ان حكم كلمة ما قبل الغاية يخالف حكم ما بعدها كما ان حكم ما قبل الاستثناء يخالف حكم ما بعده فان تعذر حمله على الاستثناء ينظر ان دخل على ما يتوقت حمل على الغاية كما في مسئلة الكتاب وان دخل على ما لا يتوقت كالطلاق حمل على الشرط لان بين الشرط والاستثناء مناسبة ايضا من حيث ان حكم ما قبل الشرط يخالف حكم ما بعده الا ان مناسبة الغاية اكثر لان فى الاستثناء حكم الكلام ثابت فى المستثنى منه فى الحال وكذا حكم الكلام ثابت فى المغيا قبل وجود الغاية اما

قلج

لان الممنوع عنه كلام ينتهي بالاذن والقدوم ولم يبق بعد الموت متصور الوجود فسقطت اليمين وعنده التصور ليس بشرط فعند سقوط الغاية تتأبد اليمين ومن حلف لا يكلم عبد فلان ولم ينو عبدا بعينه او امرأة فلان او صديق فلان فباع فلان عبده او بانت منه امرأته او عادى صديقه فكلمهم لم يحنث لانه عقد يمينه على فعل واقع في محل مضاف الى فلان اما اضافة ملك او اضافة نسبة ولم يوجد فلا يحنث قال رضي الله عنه هذه في اضافة الملك بالاتفاق وفي اضافة النسبة عند محمد رحمه الله تعالى يحنث كالمرأة والصديق قاله في الزيادات لان هذه الاضافة للتعريف لان المرأة والصديق مقصودان بالهجران فلا يشترط دوامها وتعلق الحكم بعينه كما فى الاشارة وجه ما ذكر ههنا وهو رواية الجامع الصغير انه يحتمل ان غرضه هجرانه لاجل المضاف اليه

فى الشرط لا حكم للكلام قبل وجود الشرط فلهذا لم يحمل على الشرط مالم يتعذر حمله على الغاية وانما جعل مجازا عن اشتراط عدم القدوم لما بين استثناء الشيء واشتراط عدمه من المشابهة فان الشيء اذا استثنى عن حكم فذلك الحكم لا يثبت عند وجوده وانما يثبت عند عدمه فيجعل استثناء القدوم مجازا عن اشتراط عدم القدوم فيصير كانه قال انت طالق ان لم يقدم فلان وهذا لانه جعل القدوم رافعا للطلاق فيكون القدوم علما على عدم الطلاق فصار عدمه علما على الوقوع ضرورة*

قوله لان الممنوع عنه كلام ينتهي بالاذن والقدوم يعني الممنوع باليمين كلام ينتهي منعه بالاذن والقدوم له وبعد ما مات فلان لم يبق الكلام بهذه الصفة متصورا الوجود فسقطت اليمين كما في مسئلة الكوز*

ولهذا الم يعينه فلا يحنث بعد زوال الاضافة بالشك وان كانت يمينه على عبد بعينه بان قال عبد فلان هذا او امرأة فلان بعينها او صديق لم يعينه يحنث فى العبد وحنث فى المرأة والصديق وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح يحنث فى العبد ايضا وهو قول زفر رح وان حلف لا يدخل دار فلان هذه فباعها ثم دخلها فهو على هذا الاختلاف وجه قول محمد وزفر رح ان الاضافة للتعريف والاشارة ابلغ منها فيه لكونها قاطعة للشركة فاعتبرت الاشارة ولغت الاضافة وصار كالصديق والمرأة ولهما ان الداعي فى اليمين معنى فى المضاف اليه لان هذه الاعيان لا تهجر ولا تعادى لذواتها وكذا العبد لسقوط منزلته بل لمعنى في ملاكها فتتقيد اليمين بحال قيام الملك بخلاف ما اذا كانت الاضافة اضافة نسبة كالصديق والمرأة لانه يعادى لذاته فكانت الاضافة للتعريف والداعي لمعنى فى المضاف اليه غير ظاهر لعدم التعيين بخلاف ما تقدم وان حلف لا يكلم صاحب هذا الطيلسان فباعه ثم كلمه حنث لان هذه الاضافة لا تحتمل الا التعريف لان الانسان لا يعادى لمعنى فى الطيلسان

قوله ولهذا الم يعينه اي بالاشارة لم يقل امرأة فلان هذه او صديق فلان هذا

قوله والداعي لمعني فى المضاف اليه غير ظاهر لعدم التعيين اي لانه لم يعين اى لم يقل لا اكلم صديق فلان لان فلانا عدو لي بخلاف ما تقدم اي من مسئلة الدار والثوب والعبد لان الداعي لمعنى فى المضاف اليه فيها ظاهر لان تلك الاعيان لا تهجر لذواتها اما غير العبد فظاهر وكذا العبد على ظاهر الرواية لانه لخسته وسقوط منزلته الحق بالجمادات فيباع فى الاسواق كما يباع البهائم فلا يقصد بالهجران فكانت الاضافة معتبرة فلا يحنث بعد زوالها فان قيل يحتمل ان يكون الهجران لاجل ذات الدار والدابة على ما قيل الشؤم فى الثلث فى الدار والمرأة والفرس قلنا ذاك احتمال لم يقترن به العرف والعادة لما ان هذه الاعيان لا تهجر ولا تعادى عادة لذواتها وما قلنا من هجران هذه الاعيان بسبب ملاكها مؤيد بالعرف فكان اولى

فصار كما اذا اشار اليه ومن حلف لا يكلم هذا الشاب فكلمه وقد صار شيخا حنث لان الحكم تعلق بالمشار اليه اذ الصفة في الحاضر لغو وهذه الصفة ليست بداعية الى اليمين على مامر من قبل والله تعالى اعلم بالصواب*

فصل

قال ومن حلف لا يكلم حينا او زمانا او الحين او الزمان فهو على ستة اشهر لان الحين قد يراد به الزمان القليل قال الله تعالى فسبحان الله حين تمسون وقد يراد به اربعون سنة قال الله تعالى سبحانه هل اتى على الانسان حين من الدهر وقد يراد به ستة اشهر قال الله تعالى تؤتي اكلها كل حين وهذا هو الوسط فينصرف اليه وهذا لان اليسير لا يقصد بالمنع لوجود الامتناع فيه عادة والمديد لا يقصد به غالبا لانه بمنزلة الابد

قوله فصار كما اذا شار اليه اي قال لا كلم صاحب الطيلسان هذا وان كلم المشتري لا يحنث لما بينا **قوله** وهذه الصفة ليست بداعية الى اليمين جواب سؤال يرد على قوله اذ الصفة في الحاضر لغو بان يقال الصفة قد اعتبرت في الحاضر في قوله لا تأكل هذا الرطب حتى لا يحنث اذا اكله بعد ما صار تمرا فاجاب بان الصفة انما تعتبر في الحاضر اذا كانت داعية الى اليمين وهذه الصفة غير داعية الى اليمين فلم تعتبر في الحاضر **قوله** على مامر اي فيما اذا حلف لا يأكل لحم هذا الحمل فاكله بعد ما صار شاة لم يحنث والله اعلم*

فصل

قوله ومن حلف لا يكلم فلانا حينا وزمانا او الحين او الزمان فهو على ستة اشهر وانما استوى المعرف والمنكر لان ستة اشهر لما صارت معهودة فيما انصرف التعريف الى المعهود **قوله** لان الحين يذكر ويراد به الزمان القليل قال الله تعالى حين تمسون وحين تصبحون اي ساعة تمسون وساعة تصبحون والمراد به وقت الصلوة

ولو سكت عنه يتأبد فيتعين ماذكرناه وكذا الزمان يستعمل استعمال الحين يقال ما رأيتك منذ حين ومنذ زمان بمعنى وهذا اذا لم تكن له نية اما اذا نوى شيئا فهو على ما نوى لانه نوى حقيقة كلامه

قال وكذلك الدهر عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى وقال ابو حنيفة رحمه الله الدهر لاادري ما هو وهذا الاختلاف في المنكر هو الصحيح اما المعرف بالالف واللام يراد به الابد عرفا لهما ان دهرا يستعمل استعمال الحين والزمان يقال ما رأيتك منذ حين ومنذ دهر بمعنى وابو حنيفة رحمه الله توقف في تقديره لان اللغات لا تدرك قياسا

وقد يراد به اربعون سنة قال الله تعالى هل اتى على الانسان حين من الدهر والمراد به اربعون سنة وقد يراد به ستة اشهر قال الله تعالى يؤتي اكلها كل حين باذن ربها وانه ستة اشهر من حين يخرج الطلع الى ان يدرك التمر فعند الاطلاق يحمل على الوسط من ذلك فان خير الامور اوساطها وانا نعلم انه لم يرد الساعة لان الغضبان لا يعزم على ترك الكلام ساعة ولا يحلف على ذلك ونعلم انه لم يرد به اربعين سنة لانه ان اراد ذلك يقول ابدا لانه بمنزلة الابد او يسكت*

قوله ولو سكت عنه يتأبد اي لو سكت عن ذكر الحين وقال لا يكلم فلانا يكون على الابد فلما ذكر حينا مع ذلك وجب ان يستفاد منه معنى سوى المعنى الذي يستفاد عند عدم ذكره ليفيد ذكره وتلك الفائدة يجب ان لا يكون الزمان اليسير ولا اربعين سنة لما ذكرنا آنفا فتعين ما قلنا وهو ستة اشهر **قوله** وقال ابو حنيفة رحمة الله تعالى عليه لا ادري ما الدهر اي في حكم التقدير لان الدهر مخالف للحين والزمان اذ معرفه يقع على الابد بخلاف الحين والزمان فلم يلحق بهما قياسا **قوله** وهذا الاختلاف

قلد

والعرف لم يعرف استمراره لا ختلاف في الاستعمال ولوحلف لا يكلمه اياما فهو على ثلثة ايام لانه اسم جمع ذكر منكرا فيتناول اقل الجمع وهو الثلث ولوحلف لايكلمه الايام فهو على عشرة ايام عندابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه وقالا على ايام الاسبوع ولوحلف لا يكلمه الشهور فهو على عشرة اشهر عنده وعندهما على اثني عشر شهرا لان اللام للمعهود وهو ماذكرنا لانه يدور عليها وله انه جمع معرف

في المنكر هو الصحيح قيد به لما روى بشر عن ابي يوسف رحمة الله تعالى عليه ان المعرف والمنكر عنده سواء ٠

قوله والعرف لم يعرف استمراره جواب عن قولهما ان دهرا يستعمل استعمال الحين والزمان لا ختلاف في الاستعمال قال الله تعالى وما يهلكنا الا الدهر وقال عليه السلام لا تسبوا الدهر فان الله هو الدهر فكان مجملا والتوقف في المجمل آية العلم والخوض بطريق القياس فيما طريقه التوقيف وهو اللغة والنقد يراما رة القصور وتأويل الحديث ان العرب كانوا يزعمون ان الدهر هو المهلك على ما قال الله تعالى وما يهلكنا الا الدهر وكانوا يسبون الدهر فالنبي عليه السلام قال لا تسبوا مهلك الخلق ومفنيهم فان الله تعالى هو المهلك الا انه مع هذا احتشم وحفظ لسانه عن الكلام في الدهر وهذا من كمال الورع ونهاية الاحتياط وهو كما روي ان النبي عليه السلام سئل عن خير البقاع فقال لا ادري حتى اسأل جبرئيل فسأل جبرئيل عليه السلام فقال لا ادري حتى اسأل ربي فصعد السماء ثم نزل وقال سألت ربي عن ذلك فقال خير البقاع المساجد وخير اهلها من ان يكون اول الناس دخولا وآخرهم خروجا فعرفنا ان التوقف في مثل هذا يكون من الكمال لا من النقصان٠

فينصرف الى اقصى ما يذكر بلفظ الجمع وذلك عشرة وكذا الجواب عنده فى الجمع والسنين وعندهما ينصرف الى العمر لانه لامعهود دونه ومن قال لعبده ان خدمتني اياما كثيرة فانت حر فالايام الكثيرة عند ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه عشرة ايام

قوله فينصرف الى اقصى ما يذكر بلفظ الجمع وذلك عشرة لان اسم الايام ينتهي بالعشرة اذا كان مقرونا بالعدد يقال ثمانية ايام وعشرة ايام فاذا جاوز العشرة لايسمى اياما مقرونا بالعدد يقال احد عشر يوما ولا يقال احد عشر ايام فثبت ان معهود الايام عشرة وكذلك الجواب عنده فى الجمع والسنين انه ينصرف الى العشرة لان العشرة معهود بلفظ الايام ونحوها لانها اكثر ما يطلق عليه صيغة الجمع فاذا دخل عليه لام التعريف تناول ما هو الاكثر حملا على الاستغراق وهذا لان الكل من الايام عشرة والاقل ثلثة والكل من الاقل بمنزلة العام من الخصوص والاصل فى العام هو العموم ما لم يقم الدليل على الخصوص فيحمل على الكل ما لم يقم الدليل على الاقل فكان الصرف الى تعريف هذا المعهود اولى من الصرف الى تعريف الاسبوع فان الاسبوع ينتهي اياه ها باسامها واللام انما دخلت على الايام فالصرف الى تعريفها فى انفسها اولى فان قيل انما تنتهي الايام الى عشرة لغة اذا كانت مقرونة بالعدد لا مطلقة فان الله تعالى قال وتلك الايام نداولها بين الناس لا يراد بها العشرة قصرا عليها والايام هنا ذكرت مطلقة عن العدد قلنا اسم الجمع للعشرة وما دونها الى الثلثة حقيقة حالتي الاطلاق واقترانه بالعدد وهو اسم لما زاد على العشرة عند الاطلاق لا عند الاقتران بالعدد والشيء متى كان اسما للشيء فى جميع الاحوال كان اثبت مما هو اسم له فى حال دون حال ولان الزائد على العشرة ايام عند الاطلاق ويوم عند اقترانه بالعدد فلم يدخل تحت الايام التي هي اسم جنس من كل وجه فان قيل اذا حلف لا يتزوج النساء او لا يشترى العبيد لا ينصرف الى العشرة بل الى الواحد قلنا الفرق بين جميع الازمان وجميع الاعيان من وجهين احدهما

لانه اكثرمايتنا وله اسم الايام وقالا سبعة ايام لان مازاد عليها تكرار وقيل لوكان اليمين بالفارسية يتصرف الى سبعة ايام لانه يذكرفيها بلفظ الفرد دون الجمع والله تعالى اعلم بالصواب *

انه تعذر الصرف الى كل الجنس في جميع الاعيان فينصرف الى الادنى لامحالة بيانه ان معنى الجمع لوكان مرعيا في جميع الاعيان فالحنث فى الوجود مفتقرا الى ذلك الفعل في كل فرد من افراد الازمان بدليل ان من حلف لايكلم فلانا عشرة ايام يحنث بكلامه في يوم منها ولوحلف لايشتري عشرة اثواب لم يحنث بشراء ثوب واحد والثاني ان في سائر جمع الاعيان لوبقي معنى الجمعية وصرف ذلك اللفظ الى عدد من الاعداد يبقى جمعا منكرا فيبطل حرف التعريف حينئذ بخلاف جمع الازمان لانه يتعين مايلي وقت الحلف من الزمان فلا يكون منكرا فامكن العمل بحقيقة التعريف مع بقاء معنى الجمعية من كل وجه فانعدمت الضرورة الداعية الى سقوط اعتبار الجمعية ثم عندهما فى الجمع والسنين ينصرف الى العمركله وفي قوله لايتزوج النساء لم ينصرف الى جميع نساء العالم لان المقصود من اليمين المنع من التزوج وذلك ليس في وسعه فلا يمنع نفسه عنه وهنا لوحمل على منع نفسه عن التكلم مدة عمره يحنث بكلام واحد فتفيد اليمين فائدته فافترقا *

قوله لانه اكثر ما يتناوله اسم الايام وهذا لانه لما ذكرا لكثرة تبين انه لم يرد به اقل الجمع وليس بعض الاعداد فوق الثلث باولى من البعض فيصرف الى المعهود للفظ الايام وقيل لوكانت اليمين بالفارسية ينصرف الى سبعة اي اجماعا لانه يذكر فيها بلفظ الفرد يعني فى الفارسية لاتفاوت بين مافوق العشرة وما تحتها فانه يقال ده روز و يازده روز فلم ينصرف لفظ الجمع الى العشرة ولاكذلك العربية فالحاصل ان اباحنيفة رحمه الله تعالى انما صرف الايام الى العشرة باعتبار ان العشرة اقصى ماينطلق عليه اسم الجمع وقد عدم هذا فى الفارسية والله تعالى اعلم بالصواب *

باب اليمين فى العتق والطلاق

ومن قال لامرأته اذا ولدت ولدا فانت طالق فولدت ولدا ميتا طلقت وكذلك اذا قال لامته اذا ولدت ولدا فانت حرة لان الموجود مولود فيكون ولدا حقيقة ويسمى به في العرف ويعتبر ولدا في الشرع حتى تنقضي به العدة والدم بعده نفاس وامه ام ولد فيتحقق الشرط وهو ولادة الولد ولو قال اذا ولدت ولدا فهو حر فولدت ولدا ميتا ثم آخر حيا عتق الحي وحده عند ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه وقالا لا يعتق واحد منهما لان الشرط قد تحقق بولادة الميت على ما بيناه فتنحل اليمين لا الى جزاء لان الميت ليس بمحل للحرية وهي الجزاء ولابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه ان مطلق اسم الولد

باب اليمين فى العتق والطلاق

قوله عتق الحي وحده عند ابي حنيفة رحمه الله انما قال وحده لانه لا يعتق ما ولد بعده

قوله وقالا لا يعتق واحد منهما لان الشرط قد تحقق بولادة الميت فتنحل اليمين وذلك لان الشرط فى اليمين ولادة مطلق الولد وقد وجدت وانحلال اليمين لا يتوقف على نزول الجزاء اي تنحل اليمين وان لم ينزل الجزاء الا ترى انه لو قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق فدخلت الدار بعد ما ابانها وانقضت عدتها تنحل اليمين لا الى جزاء لان الطلاق معلق بمطلق الدخول وقد وجد وصار هذا كما اذا كان المعلق به عتق عبد آخر ولابي حنيفة رحمه الله ان شرط انحلال اليمين ولادة ولد حي نظرا الى وصفه اياه بالحرية وبه فارق ما ذكر من النظائر لان الجزاء هناك ليس وصفا للشرط وفى الايضاح لو قال اول عبد يدخل علي فهو حر فادخل عليه عبد ميت

تقيدبوصف الحيوة لانه قصداثبات الحرية جزاء وهي قوة حكمية تظهر في دفع تسلط الغير ولا يثبت في الميت فيتقيدبوصف الحيوة كما اذا قال اذا ولدت ولداحيا بخلاف جزاء الطلاق وحرية الام لانه لا يصلح مقيدا واذا قال اول عبداشتريه فهوحر فاشترى عبدا عتق لان الاول اسم لسابق فردفان اشترى عبدين معاثم آخر لم يعتق واحدمنهم لانعدام التفرد في الاولين والسبق في الثالث فانعدمت الاولية وان كان قال اول عبد اشتريه وحده فهوحر عتق الثالث لانه يرادبه التفرد في حالة الشراء

تم حي عتق الحي ولم يذكرخلافا والصحيح انه بالاتفاق لان اسم العبد بعد الموت لا يبقى في التحقيق لان الرق يبطل بالموت ه

قوله تقيد بوصف الحيوة تصحيحا لكلام القائل اذ لولم يقيد بالحيوة صار لغوا فصار كما لوقال ان ضربت فلانا يتقيد بضربه حيا تصحيحا للشرط اذ معنى الضرب وهو الايلام بعد الموت لا يتحقق بخلاف ما اذا كان الجزاء طلاقا او حرية ام الولد لانه لا يصلح مقيدا لانه مستغن عن حيوة الولد فبقي مطلقا فان قيل لوقال ان اشتريت عبدا فهوحر فاشترى عبد الغيره ثم اشترى عبد النفسه لا يعتق الثاني لانحلال اليمين بالاول ولم يتقيد ضرورة وصفه اياه بالحرية قلنا الذي اشتراه لغيره محل للاعتاق فانحلت اليمين اماالولدالميت فليس بمحل للاعتاق لانه بصفة الحيوة تصير محلا للحرية

قوله واذا قال اول عبد اشتريه وحده فهوحر فاشترى عبدين ثم عبدا عتق الثالث ولوقال اول عبداشتريه وحده لايعتق الثالث والفرق ان وحده يقتضي الانفراد في الفعل المقرون به ونفي مشاركة الغير في ذلك الفعل ولا يقتضي الانفراد في الذات والواحد يقتضي الانفراد في الذات ويوكد احدموجبي الاول الاترى انه يصح ان يقال في الدار رجل

لان وحده للحال لغة والثالث بسابق في هذا الوصف وان قال آخر عبد اشتريه فهو حر فاشترى عبدا ومات لم يعتق لان الآخر فرد لاحق ولا سابق له فلا يكون لاحقا ولو اشترى عبدا ثم عبدا ثم مات عتق الآخر لانه فرد لاحق فاتصف بالآخرية ويعتق يوم اشتراه عند ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه حتى

واحد وان كان معه امرأة لانه يقتضي الانفراد في ذاته وهو الرجولية لا فى الفعل المقرون به وهو الكينونة فى الدار ولا يصح ان يقال وحده لانه يقتضي وصف التفرد للرجل فى الفعل المقرون به وهو الكينونة فى الدار لا الانفراد في ذاته وهى الرجولية واذا ثبت هذا فقوله ملكه وحده يقتضي التفرد فى الملك والعبد الثالث متصف بهذه الصفة فيعتق فصار كما لو قال اول عبدا سودا ملكه فهو حر فملك ابيضين ثم اسود عتق الاسود لتعلق العتق بعبد متصف بصفة التفرد فى السواد والثالث متصف بهذه الصفة وقوله املكه وحده صفة للعبد فيقتضي التفرد فى الذات ويوكد احد موجبي الاولية فلم يتغير الحكم فيه وجرى وجوده مجرى عدمه فيما يرجع الى افادة معنى التفرد والتوحد فكان العتق متعلقا بعبد متصف بصفة التفرد فى الذات والثالث ليس بهذه الصفة *

قوله لان وحده للحال لغة فان قيل قال فى الكتاب اول عبدا ملكه واحدا فوجب ان لا يحتمل غير الحال وصارت نظير وحده قلنا لعل زيادة الالف وقع خطأ من بعض الكتاب لان العوام لا يميزون بين وجوه الاعراب فلم يعتبر نصبه وجعل نعتا ولو قال اول عبد املكه فهو حر فملك عبدا ونصف عبد عتق العبد الكامل لان نصف العبد ليس بعبد فلم يشاركه في اسمه فلا يقطع عنه وصف الاولية كما لو ملك معه ثوبا ونحوه فلو قال اول كرا ملكه فهو هدي فملك كرا ونصف كر لا يلزمه شيء لان النصف

يعتبر من جميع المال و قالا يعتق يوم مات حتى يعتبر من الثلث لان الآخرية لاتثبت الا بعدم شراء غيره بعده وذلك يتحقق بالموت فكان الشرط متحققا عند الموت فيقتصر عليه ولابي حنيفة رحمه الله ان الموت معرف فاما اتصافه بالآخرية من وقت الشراء فيثبت مستندا وعلى هذا الخلاف تعليق الطلقات الثلث به وفائدته تظهر في حرمان الارث و عدمه ومن قال كل عبد بشرني بولادة فلانة فهو حر فبشره ثلثة متفرقين عتق الاول لان البشارة اسم لخبر يغير بشرة الوجه

يزاحم الكل في المكيلات والموزونات لانه بالضم يصير شيئا واحدا بخلاف العبيد والثياب ٥

قوله يعتبر من جميع المال اي اذا كان الشراء وقت الصحة **قوله** فكان الشرط متحققا عند الموت وهذا لان الاخرية انما تثبت بعدم شراء آخر بعده و صار كانه قال ان لم اشتر عبدا آخر فالثاني حر ولو قال كذلك يعتق عند الموت فكذا هنا ولابي حنيفة رحمه الله ان الثاني آخر لكونه فرد الاحقا لايشاركه غيره من جنسه وانما تبطل عنه صفة الآخرية بشراء آخر بعده فاذا لم يشتر كان آخرا من وقت الشراء كما لو قال لامرأته اذا حضت فانت طالق فرأت الدم فان استمر ثلثة ايام يحكم بوقوع الطلاق من حين حاضت و قولهما ان العتق يتعلق بعدم شراء آخر بعده قلنا كذلك لكن لم يجعل هذا شرطا لاصريحا ولا دلالة فلم يجعل شرطا بل علامة على ثبوت الحكم كاستمرار الدم في الحيض فاذا وجدت العلامة ثبت الحكم سابقا على وجود العلامة على ما هو الحكم في العلامة لانه لايوجد الحكم عنده فكانت العلامة شرطا لعلمنا بوجود الحكم وشرطه سابقا فكان الموت معرفا لوجود شرط الآخرية من زمان الشراء فيستند الحكم كما في مسئلة الحيض **قوله** وعلى هذا الخلاف تعليق الطلقات الثلث به فانه اذا قال آخر امرأة اتزوجها فهي طالق ثلثا فتزوج امرأة ثم امرأة

ويشترط كونه سارا بالعرف وهذا انما يتحقق من الاول وان بشروه معا عتقوا لانها تحققت من الكل ولو قال ان اشتريت فلانا فهو حر فاشتراه ينوي به كفارة يمينه لم يجزه لان الشرط قران النية بعلة العتق وهي اليمين

ودخل بها ثم مات تطلق من حين التزوج ولها مهر ونصف وعدتها بالحيض بلاحداد ولا ترث منه وعندهما يطلق في آخر حيوته ولها مهر واحد وعليها عدة الوفاة وترث منه وان كان الطلاق رجعيا فعليها عدة الوفاة *

قوله ويشترط كونه سارا بالعرف وانما قيد بالعرف لان البشارة لغة اسم لخبر يغير بشرة الوجه من فرح او حزن قال الله تعالى فبشرهم بعذاب اليم فبشرناها باسحق وفي العرف اسم لخبر سار صادق غاب من المخبر علمه وهذا انما يتحقق من الاول لان الثاني اخبره بما كان معلوما له فلا يتغير بشرة وجهه عند سماعه بخلاف الخبر فان حقيقة الاخبار موجودة من كل واحد لان الخبر خبر وان كان عند المخبر علمه واصله ماروي ان النبي عليه السلام مر بابن مسعود رضي الله عنه وهو يقرأ القرآن فقال من احب ان يقرأ القرآن غضا طريا كما انزل الله تعالى فليقرأ بقراءة ابن ام عبد فابتدر اليه ابو بكر وعمر رضي الله عنهما للبشارة فسبق ابو بكر عمر رضي الله عنهما بها كان ابن مسعود رضي الله عنه يقول متى ذكر ذلك بشرني ابو بكر واخبرني عمر وان بشروه معا عتقوا لانها تحققت من الكل حيث غيروا بشرة وجهه الا ترى الى قوله تعالى فبشروه بغلام عليم حيث اضاف البشارة الى الجماعة فدل على تحقق البشارة من الجماعة

قوله لان الشرط قران النية اي شرط الخروج عن عهدة التكفير قران نية التكفير بعلة العتق وهي اليمين ولم توجد نية التكفير وقت يمينه لان الكلام فيه فاما الملك عند الشراء فشرط العتق ولا اثر له في استحقاق ذلك العتق فيكون معتقا بيمينه ولم تقترن نية

قله

فاما الشراء فشرطه وان اشترى اباه ينوي عن كفارة يمينه اجزاه عندنا خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله تعالى لهما ان الشراء شرط العتق فاما العلة فهي القرابة وهذا لان الشراء اثبات الملك والاعتاق ازالته وبينهما منافاة ولنا ان شراء القريب اعتاق لقوله عليه السلام لن يجزي ولد والده الا ان يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه جعل نفس الشراء اعتاقا لانه لم يشترط غيره فصار نظير قوله سقاه فارواه ولو اشترى ام ولده لم يجزه ومعنى هذه المسئلة ان يقول لامة قد استولدها بالنكاح ان اشتريتك فانت حرة عن كفارة يميني ثم اشتراها فانها تعتق لوجود الشرط ولا يجزيه عن الكفارة لان حريتها مستحقة بالاستيلاد فلا تنضاف الى اليمين من كل وجه بخلاف ما اذا قال لقنة ان اشتريتك فانت حرة عن كفارة يميني حيث يجزيه عنها اذا اشتراها لان حريتها غير مستحقة بجهة اخرى فلم تختل الاضافة الى اليمين وقد قارنته النية ومن قال ان تسريت جارية فهي حرة فتسرى جارية كانت في ملكه عتقت لان اليمين انعقدت في حقها لمصادفتها الملك وهذا لان الجارية منكرة في هذا الشرط فيتناول كل جارية على الانفراد وان اشترى جارية فتسراها لم تعتق بهذه اليمين خلافا لزفر رحمه الله تعالى فانه يقول التسري لا يصح الا في الملك

الكفارة بها حتى لو اقترنت جاز كذا في المبسوط

قوله فاما الشراء فشرطه ولا يقال بان قوله فهو حر انما يصير علة عند الشراء اذ المعلق بالشرط يصير علة عند وجود الشرط فتحقق قران النية بعلة العتق لان الاهلية تشترط وقت اليمين لا عند وجود الشرط حتى لو جن بعد اليمين ووجد الشرط يترتب الحكم عليه وان لم يكن من اهله فكذا النية تشترط وقت اليمين **قوله** فاما العلة فهي القرابة لان العتق فى القريب بطريق الصلة والقرابة وهي العلة للصلات كما فى النفقة والنزاور قلنا العتق صلة وللملك تاثير في استحقاق الصلة شرعا

فكان ذكره ذكر الملك وصار كما اذا قال لاجنبية ان طلقتك فعبدي حر يصير التزوج مذكورا ولنا ان الملك يصير مذكورا ضرورة صحة التسري وهو شرط فتقدر بقدره فلا يظهر في حق صحة الجزاء وهو الحرية وفي مسئلة الطلاق انما يظهر في حق الشرط دون الجزاء حتى

حتى تجب الزكوة باعتبار الملك صلة للفقراء كما للقرابة تأثير في استحقاق الصلة فكان كل واحد من الوصفين لكونه مؤثرا علة ومتى تعلق الحكم بعلة ذات وصفين يحاله على آخر الوصفين وجودا لان تمام العلة به وآخر الوصفين الملك فيكون به معتقا ثم الملك ثبت بالشراء والعتق بالملك فيضاف العتق الى الشراء بواسطة الملك وهذا كمن رمى انسانا عمدا فاصابه فقتله قتل به كانه جز رقبته بالسيف وان كان نعله رميا لان الرمي اوجب بعود السهم ومضيه في الهواء وذاسبب الوقوع في المرمي وذاسبب الجرح وذاسبب الموت فيضاف كله الى الرمي الذي هو العلة الاولى وصارت احكاما له وصار الرامي قاتلا فكذا الشراء بواسطة الملك لما ثبت به صار اعتاقا فيصير معتقا به وتأيد ذلك بقوله عليه السلام لن يجزي ولد والده حتى يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه اي بالشراء لانه لا يحتاج الى اعتاق آخر بعد الشراء وهذا كما يقال سقاه فارواه وضربه فاوجعه اى بالسقي والضرب ولهذا اذا اشترى نصف ابنه والنصف الآخر لغير البائع ضمن لانه اعتقه بالشراء فاضيف الى الملك ولو كان عبد بينهما فادعى احدهما انه ابنه ضمن لان القرابة آخرهما وجودا بخلاف ام الولد لان حقها مستحق بالاستيلاد السابق فاضيف العتق الى اليمين من وجه لامن كل وجه فصار كانه اعتق ام الولد ه

قوله فكان ذكره ذكر الملك فان قيل هذا قول بالاقتضاء وزفر رحمه الله تعالى لا يقول بالاقتضاء حتى ان من قال لآخر اعتق عبدك عني بالف فاعتقه كان العتق واقعا عن المأمور

لوقال لها ان طلقتك فانت طالق ثلثا فتزوجها طلقها واحدة لاتطلق ثلثا فهذه وزان مسئلتنا

قلنا اثبات الملك هنا بدلالة اللفظ لا بالاقتضاء والثابت دلالة ما يكون مفهوما من اللفظ بلاتأمل واجتهاد كما كان النهي عن الضرب والشتم وسائر الافعال المؤذية مفهوما من النهي عن التانيف ثم اذا قيل فيمانحن فيه عند فلان سرية يراد بها جارية مملوكة من غير تأمل واجتهاد فكان الملك ثابتا دلالة ولنا ان اليمين بالعتق انما تصح في الملك او مضافا اليه او الى سببه ولم يوجد واحد منهما اما الملك فظاهر واما الاضافة الى الملك فانه لم يقل ان ملكت امة واما الاضافة الى سبب الملك فلانه اضافها الى التسري وهو ليس بسبب لملك الامة فلم تصح اضافة الاعتاق اليه وهذا لان التسري عبارة عن التحصين والاسكان وهو ان يبوئها ويمنعها من الخروج عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان السرية من السر وهو الوقاع او من السرور وهي سرور لمالكها او من السري وهو السيد لانه اذا اتخذها سرية فقد جعلها سيدة الاماء وعند ابي يوسف رحمه الله طلب الولد شرط مع ذلك لان السرية في العادة هي التي تطلب ولدها وواحد من هذه الاشياء ليس بسبب لملك الامة الا انه لا يستغني عن الملك فيصير الملك مذكورا اقتضاء ضرورة صحة التسري وهو شرط فيتقدر بقدره ولا يتعدى عنه الى صحة الجزاء وهو العتق لان الثابت ضرورة يتقدر بقدرها لا يعد وموضعها فلا يثبت الملك فيما وراء صحة التسري فبقي الجزاء في الملك وفي مسئلة الطلاق ظهر في حق الشرط ولم يتعد الى الجزاء ايضا وانما يصح العتق وهو الجزاء ثم لانه صادف الملك اذ ملكه في العبد قائما في الحال فكان ذكر الطلاق ذكرا للنكاح الذي لا يستغني عنه الطلاق لا ذكر الماء لا يستغني عنه الجزاء حتى لو قال لاجنبية ان طلقتك واحدة فانت طالق ثلثا فتزوجها ووطئها وطلقها واحدة لم يقع الثلث لان الملك صار مذكورا ضرورة فلم يتعد عنه الى صحة الجزاء فهذه وزان مسئلتنا ووزان ما استشهد به زفر رحمه الله انه يقول ان

ولو قال كل مملوك لي حر تعتق امهات اولاده ومدبروه وعبيده لوجود الاضافة المطلقة في هؤلاء اذا الملك ثابت فيهم رقبة ويدا ولا يعتق مكاتبوه الا ان ينويهم لان الملك غير ثابت يدا ولهذا لا يملك اكسابه ولا يحل له وطي المكاتبة بخلاف ام الولد والمدبرة فاختلت الاضافة فلا بد من النية ومن قال لنسوة له هذه طالق اوهذه وهذه طلقت الاخيرة وله الخيار في الاوليين لان كلمة او لاثبات احد المذكورين وقد ادخلها بين الاوليين ثم عطف الثالثة على المطلقة لان العطف للمشاركة فى الحكم فيختص بمحله فصار كما اذا قال احدكما طالق وهذه وكذا اذا قال لعبيدة هذا حر او هذا وهذا عتق الاخير وله الخيار فى الاولين لما بين

تسريت امة فعبدي هذا حر فاشترى امة فتسراها اعتق عبده قوله يفهم الملك من التسرى بلا تأمل قلنا ذا لا يدل على انه ليس بثابت اقتضاء والطعام او الشراب يفهم من قوله ان اكلت او شربت بلا تأمل وهو ثابت اقتضاء ٥

قوله ولو قال كل مملوك لي حر يعتق امهات اولاده ومدبروه ولو قال اردت الرجال بهذا اللفظ دون النساء دين فيما بينه وبين الله تعالى دون القضاء لانه نوى التخصيص فى اللفظ العام وهذا بخلاف ما لو قال نويت السود دون البيض فانه لا يصدق فى القضاء والديانة جميعا لانه نوى التخصيص بوصف ليس في لفظه لان المملوك حقيقة الذكور دون الاناث فان الانثى يقال لها مملوكة ولكن عند الاختلاط يستعمل عليهن لفظ التذكير عادة فان نوى الذكور فقد نوى حقيقة كلامه ولكن خلاف المستعمل فيدين فيما بينه وبين الله تعالى دون القضاء ولهذا قيل لو قال نويت النساء دون الرجال كانت نيته لغوا وكذلك لو قال لم انو المدبرين لم يصدق فى القضاء وفي كتاب الايمان اذا قال لم انو المدبرين لم يدين فيما بينه وبين الله ولا فى القضاء ففيه روايتان كذا فى المبسوط ٥

قوله ومن قال لنسوة له هذه طالق او هذه وهذه طلقت الاخيرة وله الخيار فى الاوليين ولو قال

قلنز

باب اليمين في البيع والشراء والتزوج وغير ذلك

ومن حلف لا يبيع اولا يشتري اولا يواجر فوكل من فعل ذلك لم يحنث لان العقد وجد من العاقد حتى كانت الحقوق عليه ولهذا لوكان العاقد هو الحالف يحنث في يمينه فلم يوجد ماهو الشرط وهو العقد من الآمر وانما الثابت له حكم العقد

والله لا اكلم فلانا اوفلانا وفلانا حنث بكلام الاول اوالاخيرين كقوله لا اكلم هذا والهذين والفرق ان او اذا دخلت بين شيئين تناولت احدهما وذا في الطلاق في موضع الاثبات فيخص فكانت المطلقة احدى الاوليين غيرعين لان او دخلت عليهما فلما قال للثالثة وهذه صارت معطوفة على المطلقة لان الواو توجب الشركة فصار عطفا على التي هي محل الجزاء من الاوليين وهي احدىهما غيرعين اذ سياق الكلام للايجاب وانما يعطف الشيء على ماسبق له الكلام فصار كانه قال احدىكما طالق وهذه ولو قال هكذا كان الجواب ماقلنا كذا هنا وفي مسئلة الكلام في موضع النفي فيعم عموم الافراد فصار كل فرد منفيا على حدة كقوله تعالى ولا تطع منهم آثما او كفورا اي آثما ولا كفورا فصار كانه قال والله لا اكلم فلانا لا فلانا وفلانا ولو قال هكذا كان الثالث مضموما الى الثاني فيصير كانه قال و لا هذين كذا هنا ولانه حينئذ صار كانه قال هذه طالق او هاتان طالق وانه لايصح فجعل كانه قال هذه طالق اوهذه طالق وهذه طالق ليصح ولوقال هكذا يطلق الثالثة وخير في الاوليين كذا هنا وثم صار كانه قال لا اكلم هذا اولا اكلم هذين وانه صحيح والله تعالى اعلم بالصواب *

باب اليمين في البيع والشراء والتزوج وغيرذلك

اي من الطلاق والعتاق والضرب *

قوله ولهذا لوكان العاقد هو الحالف يحنث في يمينه اي اذا كان العاقد الوكيل هو الحالف بان لا يبيع اولا يشتري اولا يواجر *

الا ان ينوي ذلك لان فيه تشديدا او يكون الحالف ذا سلطان لايتولى العقد بنفسه لانه يمنع نفسه عما يعتاده ومن حلف لايتزوج او لا يطلق او لا يعتق فوكل بذلك حنث لان الوكيل في هذا سفير ومعبر ولهذا لا يضيفه الى نفسه بل الى الآمر وحقوق العقد يرجع الى الامر لا اليه ولو قال عنيت ان لا اتكلم به لم يدين في القضاء خاصة و سنشير الى المعنى في الفرق ان شاء الله تعالى و لو حلف لا يضرب عبده او لا يذبح شاته فامر غيره ففعل يحنث في يمينه

قوله الا ان ينوي ذلك اي ان ينوي في يمينه لايبيع اولايشتري اولا يؤاجر ان لا يأمر غيره ايضا فحينئذ يحنث بالامر والاستثناء متصل بقوله فوكل من فعل ذلك لم يحنث **قوله** او يكون الحالف ذا سلطان عطف على ان ينوي لا يتولى العقد بنفسه فامر غيره يحنث و اي اذا باشره المأمور ولو فعل ذلك بنفسه يحنث ايضا لوجود البيع منه حقيقة فان كان يباشر تارة ويعوض اخرى يعتبر الغالب والاصل ان كل فعل ترجع حقوقه الى المباشر لا يحنث الحالف بمباشرة المأمور لوجوده منه حقيقة وحكما والا يحنث ويصير العاقد سفيرا او الآمر فاعلا فما يحنث بالمباشرة لا بالامر البيع والشراء والاعارة والاستيجار والصلح عن مال والقسمة والخصومة وضرب الولد وما يحنث بالمباشرة والامر بالنكاح والطلاق والخلع والعتق والكتابة والصلح عن دم عمدا والهبة والصدقة والقرض والاستقراض وضرب العبد والذبح والبناء والخياطة والايداع والاستيداع والاعارة والاستعارة وقضاء الدين وقبضه والكسوة والحمل حتى لو حلف لا يتزوج او لا يطلق اولايعتق فوكل بذلك ففعل حنث وعند الشافعي رحمه الله لايحنث لوجود التطليق من المأمور حقيقة ومن الآمر حكما فوجد شرط الحنث من الحالف من وجه دون وجه فلا يحنث كما في البيع ونحوه ولنا ان عوض الحالف التوقي عن حكم العقد وحقوقه وشيء من

لان المالك له ولاية ضرب عبده وذبح شاته فيملك تولية غيره ثم منفعته راجعة الى الآمر فيجعل هو مباشرا اذ لا حقوق له ترجع الى المأمور ولو قال عنيت ان لا اتولي ذلك بنفسي دين فى القضاء بخلاف ما تقدم من الطلاق وغيرذلك ووجه الفرق ان الطلاق ليس الا تكلما بكلام يفضي الى وقوع الطلاق عليها والامر بذلك مثل التكلم به واللفظ ينتظمهما فاذا نوى التكلم به فقد نوى الخصوص فى العام فيدين ديانة لاقضاء اما الذبح والضرب فعل حسي يعرف باثره والنسبة الى الامر بالتسبيب مجازا فاذا نوى الفعل بنفسه فقد نوى الحقيقة فيصدق ديانة وقضاء ومن حلف لا يضرب ولده فامر انسانا فضربه لم يحنث في يمينه لان منفعة ضرب الولد عائدة اليه وهو التأدب والتثقف فلم ينتسب فعله الى الآمر بخلاف الامر بضرب العبد لان منفعته الايتمار بامره فيضاف الفعل اليه ومن قال لغيره ان بعت لك هذا الثوب فامرأته طالق فدس المحلوف عليه ثوبه في ثياب الحالف فباعه ولم يعلم لم يحنث

احكام هذه العقود الشرعية لا يستقر على المأمور بل ينقل العقد بجميع الاحكام الى الآمر وصار المأمور سفيرا ولهذا يضيفه الى الامر لا الى نفسه

قوله لان المالك له ولاية ضرب عبده بخلاف ما اذا حلف على ان لا يضرب حرا فامر غيره فضربه لا يحنث لان امر المولى غيره صح لانه يملك ضرب عبده بنفسه فيملك امر غيره به فضربه ولهذا سقط الضمان عن المأمور وامره بضرب الحر لم يصح لانه لا يملك ضربه بنفسه الا ان يكون الحالف سلطانا او قاضيا لانهما يملكان ضرب الاحرار حدا وتعزيرا فملكا الامر به

قوله اما الذبح والضرب فعل حسي يعرف باثره وهو الايلام فحقيقته عند إسناده الى نفسه ان يفعله بنفسه والنسبة الى الامر بالتسبيب مجازا فاذا نوى الفعل بنفسه فقد نوى حقيقة

لان حرف اللام دخل على البيع فيقتضي اختصاصه به وذلك بان يفعله بامره اذ البيع تجري فيه النيابة ولم توجد بخلاف ما اذا قال ان بعت ثوبا لك حيث يحنث اذا باع ثوبا مملوكا له سواء كان بامره او بغيرامره علم بذلك اولم يعلم لان حرف اللام دخل على العين لانه اقرب اليه فيقتضى الاختصاص به وذلك بان يكون مملوكا له ونظيره الصباغة والخياطة وكل ما تجري فيه النيابة بخلاف الاكل اوالشرب وضرب الغلام لانه لا يحتمل النيابة فلا يفترق الحكم فيه

كلامه فيصدق ديانة وقضاء بخلاف الطلاق والعتاق لانه ليس الا كلام يفضي الى الطلاق والعتاق والتوكيل بذلك مثل التلفظ به فينتضمها اللفظ وهو قوله لا يطلق فاذا نوى التلفظ بنفسه فقد نوى الخصوص فى العام وهوخلاف الظاهر فيصدق ديانة لاقضاء وهذا هوالفرق الذي وعده قبيل هذا بالاشارة الى الفرق وقيل ذكرالقضاء في مسئلة الضرب رواية فى الطلاق لانه فى الموضعين اذا نوى المباشرة فقد نوى حقيقة كلامه فيصدق قضاء فى الفصلين *

قوله لان حرف اللام دخل على البيع حيث قال ان بعت لك ثوبا فيقتضي اختصاصه به اي اختصاص البيع بالمحلوف عليه وفي قوله ان بعت ثوبا لك دخل حرف اللام على العين لانه اقرب اليه فيقتضي اختصاص العين بالمحلوف عليه فان نوى الثاني بالاول اوالاول بالثاني صحت نيته لانه نوى ما يحتمله لفظه بالتقديم والتأخير **قوله** بخلاف الاكل اوالشرب وضرب الغلام وفى الكافي للعلامة النسفي رحمه الله قيل المراد بالغلام الولد لا العبد لان ضرب العبد يحتمل النيابة والوكالة فكان نظير الاجارة لانظيرالاكل والغلام يطلق على الولد كما يطلق على العبد

قلح

في الوجهين ومن قال هذا العبد حر ان بعته فباعه على انه بالخيار عتق لوجود الشرط وهو البيع والملك فيه قائم فينزل الجزاء وكذلك ان قال المشتري ان اشتريته فهو حر فاشتراه على انه بالخيار يعتق ايضا لان الشرط قد تحقق وهو الشراء والملك قائم فيه

قال الله تعالى انا نبشرك بغلام اسمه يحيى وقيل المراد به العبد لان المراد بجريان الوكالة وكالة تتعلق بها حقوق يرجع الوكيل بها على الموكل وليس للضرب حقوق تلحق الوكيل ليرجع بها على الموكل ولا يملك الضرب بعقد ما فكان كالا كل وفي الجامع الصغير لقاضيخان رحمه الله لو قال ان ضربت لك عبدا اوضربت عبدا لك فهو على ضرب عبد مملوك للمحلوف عليه لمكان العرف ولان الضرب مما لا يملك بالعقد ولا يلزم ومحل الضرب يملك فانصرف اللام الى ما يملك ويؤخر المقدم وفي الفوائد الظهيرية المراد بالغلام الولد

قوله في الوجهين اي دخل اللام في الفعل او العين **قوله** ومن قال هذا العبد حر ان بعته فباعه على انه بالخيار عتق لوجود الشرط فان قيل هذا البيع لم يفد حكمه ومع ذلك اعتبر لنزول الجزاء والنكاح الفاسد نكاح لم يفد حكمه ولم يحنث به اذا علق به العتق قلنا جواز البيع باعتبار المالية وليس في المالية معنى ينبو عن قبول حكم الايجاب والقبول وجواز النكاح باعتبار الانسانية الا ترى انه يختص بني آدم وفيها ما ينبو عن قبول حكم الايجاب والقبول لانها تقتضي الحرية والنكاح رق على ما جاء في الحديث فلا يحنث الا اذا كان صحيحا كذا في الفوائد الظهيرية

وهذا على اصلهما ظاهر وكذا على اصله لان هذا العتق بتعليقه والمعلق كالمنجز ولو نجز العتق يثبت الملك سابقا عليه فكذا هذا ومن قال ان لم ابع هذا العبد او هذه الامة فامرأته طالق فاعتق اودبر طلقت امرأته لان الشرط قد تحقق وهو عدم البيع بفوات محلية البيع واذا قالت المرأة لزوجها تزوجت علي فقال كل امرأة لي طالق ثلثا طلقت هذه التي حلفته في القضاء وعن ابي يوسف رحمة الله تعالى عليه انها لا تطلق

قوله وهذا على اصلهما ظاهر لان خيار المشتري لا يمنع ثبوت الملك للمشتري عندهما **قوله** والمعلق كالمنجز فان قيل في المنجز لو لم يثبت الملك سابقا عليه يبطل التنجيز فاقتضى ثبوت الملك ولا يبطل التعليق فلا يقتضي ثبوت الملك فكيف يثبت الملك اقتضاء قلنا لما امكن ايقاع العتق من وجه بفسخ الخيار لم يتأخر الى مضي مدة الخيار لان العتق مما يحتاط في اثباته ومن الاحتياط تعجيله لاتأخيره وقد تنجز من وجه وانما لم يعتق عليه قريبه اذا اشتراه بشرط الخيار لان الملك وخيار المشتري في شرى القريب لم توجد كلمة الاعتاق بعد الشراء وانما يعتق القريب عليه بحكم الملك وخيار المشتري عند ابي حنيفة رح يمنع ثبوت الملك للمشتري فلايعتق قبل سقوط الخيار واما ههنا فالايجاب المعلق صار منجزا عند الشرط وصار قائلا انت حر فينفسخ الخيار ضرورة لوجود ما يختص بالملك ولو قال ان بعته هذا العبد فهو حر فباعه بيعا باتا لايعتق لانه كما تم البيع زال العبد عن ملكه والجزاء لا يترك في غير الملك **قوله** لان الشرط قد تحقق وهو عدم البيع بفوات محلية البيع فان قيل المحلية في التدبير باقية فانه يتمكن بيع المدبر اذا قضى القاضي بجواز بيعه قلنا عند القضاء بجواز بيعه يفسخ التدبير ويكون البيع حينئذ بيع القن لا بيع المدبر وفوات المحليه انما كان باعتبار بقاء التدبير

لانه اخرجه جوابا فينطبق عليه ولان غرضه ارضاؤها وهو بطلاق غيرها فيتقيد به ووجه الظاهرعموم الكلام وقد زاد على حرف الجواب فيجعل مبتدئا وقد يكون غرضه ايحاشها حين اعترضت عليه فيما احله الشرع ومع التردد لا يصلح مقيدا وان نوى غيرها يصدق ديانة لاقضاء لانه تخصيص العام والله تعالى اعلم بالصواب *

وقد قلنا ان بيع المدبر لا يجوز فكان المحل فانيا والحكم لا ينبني على ما يظهر عند قضاء القاضي فى المجتهدات فان قيل لم يقع الياس فى الجارية عن بيعها بالتحرير والتدبير لجواز ان يرتد فتسبى بعد اللحاق فيملكها هذا الرجل ويبيعها قلنا الحالف عقد يمينه على البيع باعتبار هذا الملك وباعتباره تحقق الياس بالتحرير والتدبير وما ذكرت موهوم والاحكام لا ينبني على الموهومات فتحقق الياس عن البيع نظرا الى الاصل *

قوله لانه اخرجها جوابا فينطبق عليه فان قيل زاد على قدر الجواب قلنا الزيادة على القدر المحتاج اليه للجواب انما يخرج الكلام عن الجواب اذا لغت الزيادة متى جعل جوابا ولا يلغوا الزيادة هنا ان جعل جوابا لانه قصد تطييب قلبها وتسكين نفسها وذا بتطليق غيرها لجواز ان يقع في قلبها انه اراد بما قال غير التي ظنت **قوله** وقد زاد على حرف الجواب اوجوابه ان يقول ان فعلت فهي طالق ثلاثا **قوله** ومع التردد لا يصلح مقيدا اي الغرض لا يصلح مقيدا مع التردد فيه وذكر شمس الايمة رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير ان ما ذكره ابو يوسف رحمة الله تعالى عليه اصح عندي والله تعالى اعلم بالصواب *

باب اليمين فى الحج والصلوة والصوم

ومن قال وهو فى الكعبة اوفي غيرها علي المشي الى بيت الله تعالى اوالى الكعبة فعليه حجة اوعمرة ماشيا وان شاء ركب واهرق دما وفى القياس لايلزمه شيء لانه التزم ماليس بقربة واجبة ولامقصودة فى الاصل ومذهبنا ماثور عن علي رضي الله عنه ولان الناس تعارفوا ايجاب الحج والعمرة بهذا اللفظ فصار كما اذا قال علي زيارة البيت ماشيا فيلزمه ماشيا وان شاء ركب واهراق دما وقد ذكرناه فى المناسك ولو قال علي الخروج اوالذهاب الى بيت الله تعالى فلاشيء عليه لان التزام الحج اوالعمرة بهذا اللفظ غير متعارف ولوقال علي المشي الى الحرم اوالى الصفا والمروة فلاشيء عليه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابويوسف ومحمد رحمهما الله في قوله علي المشي الى الحرم حجة اوعمرة ولوقال الى المسجد الحرام فهو على هذا الاختلاف لهما ان الحرم شامل على البيت وكذا المسجد الحرام فصار ذكره كذكره بخلاف الصفا والمروة لانهما منفصلان عنه وله ان التزام الاحرام بهذه العبارة غير متعارف فلا يمكن ايجابه باعتبار حقيقة اللفظ

باب اليمين فى الحج والصلوة والصوم

قوله ومن قال وهو فى الكعبة اوفي غيرها علي المشي الى بيت الله تعالى اوالى الكعبة فعليه حجة اوعمرة ماشيا هذه العبارة صارت كناية عن ايجاب الاحرام شرعا فان اخت عقبة بن عامر نذرت ان تمشي الى بيت الله تعالى فامرها النبي عليه السلام ان تحرم بحجة اوعمرة وعرفا فقد تعارف الناس ايجاب الاحرام بهذه العبارة نصا فصار كما لوقال علي احرام حجة اوعمرة ماشيا ولو قال ذلك لزمه احرام حجة اوعمرة كذا هنا ولا فرق بين ان يكون الناذر فى الكعبة اوخارجا منها لان هذا اللفظ صار كناية عن التزام الاحرام عرفا اذ الاحرام

قلط

فامتنع اصلا ومن قال عبدي حران لم احج العام فقال حججت وشهدشاهدان على انه ضحى العام بالكوفة لم يعتق عبده وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يعتق لان هذه شهادة قامت على امر معلوم وهو التضحية ومن ضرورته انتفاء الحج فيتحقق الشرط ولهما انها قامت على النفي لان المقصود منها نفي الحج لا اثبات التضحية لانه لا مطالب لها فصار كما اذا شهدوا انه لم يحج

باحد النسكين لا يكون بلا مشي فكان من لوازم الاحرام وذكر اللازم وارادة الملزوم كناية والعرف لا يختلف بين كونه في الكعبة او خارجا منها وفي القياس لا يلزمه شيء لان النذر انما يصح بما شرع قربة لعينه والمشي ليس بقربة واجبة ولا مقصودة في الاصل اي في اصل الحج او العمرة وانما يقصد به الكمال وانما هو وسيلة لما هو قربة كالوضوء فان قيل يشكل هذا بالاعتكاف فقد صح النذر به وان لم يكن واجبا من جنسه قصدا قلنا الاعتكاف لا يصح الا بالصوم والصوم من جنس القربة المقصودة فان قيل الاعتكاف يصح في الليل وان كان الصوم لا يصح فيه قلنا صحة الاعتكاف في الليل تبع لصحة الاعتكاف في اليوم ولهذا لو نذر الاعتكاف في الليل منفردا عن اليوم لا يصح اونقول صحة الاعتكاف باعتبار انه انتظار للصلوة والاستدامة فيها والاستدامة في الصلوة تصح في الليل والنهار فان قيل فاذا كان هذا اللفظ استعارة لالتزام الحج كان اللفظ غير منظور اليه كما اذا نذر بان يضرب بثوبه حطيم الكعبة فحينئذ ينبغي ان لا يلزم عليه المشي في طريق الحج كما لا يلزم هناك ضرب الثوب على حطيم الكعبة بل اهداء الثوب الى مكة لكون هذا اللفظ عبارة عنه قلنا نعم كذلك الا ان للحج ماشيا فضيلة ليست هي للحج راكبا قال ع م من حج ماشيا فله لكل خطوة حسنة من حسنات الحرم وقيل ما حسنات الحرم قال واحدة منها بسبعمائة فاعتبر لفظه في ايجاب المشي لاحراز تلك الفضيلة ومعناه في ايجاب الحج او العمرة لاجماعهم على ذلك للتعارف فصار كناية عن ايجاب الحج ماشيا

قوله فامتنع اصلا اي الايجاب من الاصل حيث لم يجب عليه الاحرام باحد النسكين

غاية الامران هذا النفي مما يحيط علم الشاهد به ولكنه لا يميز بين نفي ونفي تيسيرا ومن حلف لا يصوم فنوى الصوم وصام ساعة ثم افطر من يومه حنث لوجود الشرط اذ الصوم هو الامساك عن المفطرات على قصد التقرب

قوله غاية الامران هذا النفي مما يحيط علم الشاهد به بخلاف شهادتهما انه لم يحج لانا لا ندري هل شهدا عن علم ام بيناعلى ظاهرا لعدم فلهذا لم يقبل ولهذا لو شهدا على رجل انا سمعناه يقول المسيح بن الله ولم يقل قول النصارى وهو يقول انما وصلت به قول النصارى قبلت هذه الشهادة على النفي لاحاطة علم الشاهد به كذا هنا **قوله** ولكنه لا يميز بين نفي ونفي اي نفي يحيط به علم الشاهد وبين نفي لا يحيط به علم الشاهد تيسيرا كما في مسئلة الاستبراء والسفر والعقل مع البلوغ وغيرها فاما في قول الشاهد ولم يقل قول النصارى انما قبلت الشهادة لان ذا عبارة عن السكوت وهو امر ثابت معائن فان قيل الشهادة على النفي انما لم تقبل اذا لم تكن مقرونة بالاثبات اما اذا قرنت بالاثبات فتقبل كشهود الارث اذا قالوا ان هذا وارث فلان لم نعلم له وارثا غيره حتى يدفع المال الى المشهود له بلا تلوم والمشهود به هنا امر ثبوتي والنفي يثبت ضمنا فاولى ان تقبل قلنا التضحية وان كانت امرا وجوديا لكنها مما لا يدخل تحت القضاء فلم يكن معتبرا فبقي النفي مقصودا فاما الارث فمما يدخل تحت القضاء فيكون معتبرا وثبت النفي في ضمن ذلك فان قيل ذكر شمس الائمة السرخسي رح فى المبسوط في كتاب الدعوى ان الشهادة على النفي يسمع فى الشروط ولهذا لو قال لعبده ان لم يدخل الدار اليوم فانت حر فشهدا انه لم يدخل الدار اليوم تقبل ويقضى بعتقه وما نحن بصدده من قبيل الشروط قلنا هو عبارة عن امر ثابت معائن وهو كونه خارج الدار **قوله** لوجود الشرط اذ الصوم هو الامساك عن المفطرات على قصد التقرب وقد وجد وما زاد عليه تكرار ولهذا يقال صام فلان ساعة ثم افطر وتكرار المحلوف

ولوحلف لايصوم يوما اوصوما فصام ساعة ثم افطر لايحنث لانه يراد به الصوم التام المعتبر شرعا وذلك بانهائه الى آخر اليوم واليوم صريح في تقدير المدة به ولوحلف لايصلي فقام وقرء وركع لم يحنث وان سجد مع ذلك ثم قطع حنث والقياس ان يحنث بالافتتاح اعتبارا بالشروع في الصوم وجه الاستحسان ان الصلوة عبارة عن الاركان المختلفة فمالم يأت بجميعها لاتسمى صلوة بخلاف الصوم لانه ركن واحد وهوالامساك ويتكرر بالجزء الثاني ولوحلف لا يصلي صلوة لا يحنث ما لم يصل ركعتين لانه يراد به الصلوة المعتبرة شرعا واقلها ركعتان للنهي عن البتيراء والله تعالى اعلم بالصواب *

باب اليمين في لبس الثياب والحلي وغير ذلك

ومن قال لامرأته ان لبست من غزلك فهوهدي فاشترى قطنا فغزلته فنسجته فلبسه فهوهدي عندابي حنيفة رح وقالا ليس عليه ان يهدي حتى تغزله من قطن ملكه يوم حلف ومعنى الهدي التصدق به بمكة لانه اسم لما يهدى اليها لهما ان النذرانمايصح في الملك اومضافا الى سبب الملك ولم يوجد

عليه ليس بشرط لتحقق الحنث بخلاف مما لو حلف لا يصوم صوما ولا يقال ان المصدر مذكور هنا ايضالانا نقول بلى لكن لغة لاشرعا وعند ذكرالمصدر صريحا ينصرف الى الكامل وهوالصوم لغة وشرعا *

قوله فمالم يأت بجميعها لا يسمى صلوة الا ترى انه لايقال صلى ركوعا اوسجودا وانما يقال صلى ركعة والله اعلم بالصواب *

باب اليمين في لبس الثياب والحلي وغيرذلك
من النوم على الفراش والجلوس على السرير *

قوله لهما ان النذرانمايصح في الملك اومضافا الى سبب الملك لقوله عم لانذر فيما لايملكه ابن آدم

لان اللبس وغزل المرأة ليسا من اسباب ملكه وله ان غزل المرأة عادة يكون من قطن الزوج والمعتاد هو المراد وذلك سبب لملكه ولهذا يحنث اذا غزلت من قطن مملوك له وقت النذر لان القطن لم يصر مذكورا ومن حلف لا يلبس حليا فلبس خاتم فضة لم يحنث لانه ليس بحلي عرفا ولا شرعا حتى ابيح استعماله للرجال والتختم به لقصد الختم وان كان من ذهب حنث لانه حلي ولهذا لا يحل استعماله للرجال ولو لبس عقد لؤلؤ غير مرصع لا يحنث عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يحنث لانه حلي حقيقة

قوله لان اللبس وغزل المرأة ليسا من اسباب ملكه لان غزلها قد يكون من قطنها **قوله** والمعتاد هو المراد فكانه قال من قطني ومن قطن سا ملكه ولهذا لو اشترى الزوج قطنا فغزلته ونسجته بغير اذنه يكون المنسوج للزوج **قوله** وذلك سبب لملكه اي غزل المرأة من قطن الزوج سبب لثبوت ملك الزوج في المغزول ولهذا تحنث اذا غزلت من قطن مملوك له وقت النذر اي انما يحنث به لانه اضاف الى سبب الملك وهو غزل المرأة لا الى ملكه القطن لان القطن لم يصر مذكورا حتى يضاف اليه ولهذا لو قال ان لبست من غزلك من قطني فهو هدي اجماعا وان اضافه الى المرأة بان قال ان لبست من غزلك من قطنك لم يكن هديا اجماعا فلما اطلق ولم يقيد صرفناه الى ما هو المعتاد وهو غزل المرأة من قطن الزوج فيكون الغزل سببا للملك والاضافة اليه اضافة الى سبب الملك ولهذا يحنث فيما اذا غزلت من قطن هو ملك الزوج وقت النذر وان لم يكن القطن مذكورا ولو اهدى بقيمة الثوب جاز وفي التزام هدي شاة لا يجوز اهداء قيمتها لان القربة فيها اراقة الدم وفي الثوب سد خلة الفقير والقيمة فيه كالعين وقيل في اهداء قيمة الشاة روايتان وفي التزام هدي ما لا ينقل يهدي بقيمتها **قوله** ومن حلف لا يلبس حليا بفتح الحاء وهو ما تتحلى به المرأة من ذهب او فضة او جوهر **قوله** حتى ابيح استعماله للرجال اي

قم

حتى سمي به في القرآن وله انه لا يتحلى به عرفا الا مرصعا ومبنى الايمان على العرف
وقيل هذا اختلاف عصر وزمان ويفتى بقولهما لان التحلي به على الانفراد معتاد
ومن حلف لا ينام على فراش فنام عليه وفوقه قرام حنث لانه تبع للفراش فيعد نائما عليه
وان جعل فوقه فراش آخر فنام عليه لا يحنث لان مثل الشيء لا يكون تبعا له
فقطع النسبة عن الاول ولو حلف لا يجلس على الارض فجلس على بساط او حصير
لم يحنث لانه لا يسمى جالسا على الارض بخلاف ما اذا حال بينه وبين الارض
لباسه لانه تبع له فلا يعتبر حائلا ولو حلف لا يجلس على سرير فجلس على سرير فوقه بساط
او حصير حنث لانه يعد جالسا عليه والجلوس على السرير في العادة كذلك بخلاف ما
اذا جعل فوقه سريرا آخر لانه مثل الاول فقطع النسبة عنه والله تعالى اعلم بالصواب

لو كان حليا يحرم على الرجال لان التزين بالذهب والفضة حرام على الرجال واما
حل التختم لهم بالفضة فانما كان لغرض آخر وهو قصد التختم به لا التزين او لما كان
استعماله للتزين ولغرض آخر كان ناقصا في معنى الحلي هذا اذا كان الخاتم فضة خالصة
اما اذا صنع الخاتم من فضة على هيئة خاتم النساء بان كان ذا فص يحنث وهو الصحيح كذا
في الفوائد الظهيرية ولو لبس خلخالا او دملوجا او سوارا يحنث سواء كان من ذهب او فضة
لانه حلي كامل لانه لا يستعمل الا للتزين ولهذا لا يحل للرجال ذلك
قوله حتى سمي به في القرآن قال الله تعالى ويستخرجون منه حلية وانما يستخرج
من البحر اللؤلؤ والاصل في الكلام هو الحقيقة وله انه لا يتحلى به الا مرصعا والترصيع
التركيب ومبنى الايمان على العرف فلا ينصرف الا الى المرصع عند اطلاقه
وقيل هذا اختلاف عصر وزمان ويفتى بقولهما لان التحلي به على الانفراد معتاد
قوله ومن حلف لا ينام على فراش اي فراش بعينه **قوله** بخلاف ما اذا حال

باب اليمين فى الضرب والقتل وغيره

ومن قال ان ضربتك فعبدي حر فمات فضربه فهو على الحيوة لان الضرب اسم لفعل مؤلم يتصل بالبدن والايلام لا يتحقق في الميت

بينه وبين الارض لباسه اي وهو لابسه اما اذا نزعه وطرحه على الارض وجلس عليه لا يحنث لانه حينئذ لم يبق تبعا له لان تبعيته باعتبار لبسه وبعد ما نزع صار هو بمنزلة البساط او الحصير والله تعالى اعلم بالصواب •

باب اليمين فى الضرب والقتل وغيره

اي الغسل والكسوة •

قوله لان الضرب اسم لفعل مؤلم يتصل بالبدن فان قيل يشكل هذا بقوله تعالى وخذ بيدك ضغثا فاضرب به ولا تحنث فقد برايوب عليه السلام في يمينه بهذا الضرب وان لم يوجد الايلام لما ان الضغث عبارة عن الحزمة الصغيرة من حشيش اوريحان فلم يكن لمجموعه ايلام فكيف لاجزائه قلنا جاز ان يكون هذا حكما ثابتا بالنص في حق ايوب عليه السلام خاصة اكراما له في حق امرأته تخفيفا عليها لعدم جنايتها بخلاف القياس فلا يلحق غيره به هذا اذا لم يكن لاجزاء الضغث ايلام على ما ذكر من تفسير الضغث بانه حزمة من حشيش اوريحان وروي عن ابن عباس رضي الله عنه ان الضغث عبارة عن قبضة من الشجر فجاز ان يصيبها الم اجزائها حينئذ وفى الكشاف وهذه الرخصة باقية وعن النبي عليه السلام انه اتى بمخدج اي برجل ناقص الخلق قد خبث بامة فقال خذوا عثكالا فيه مائة شمراخ فاضربوه بها ضربة ويجب ان يصيب المضروب كل واحد من المائة اما اطرافها قائمة واما اعراضها مبسوطة مع وجود صورة الضرب وفي شرح

ومن يعذب فى القبر توضع فيه الحيوة في قول العامة وكذلك الكسوة لانه يراد به التمليك عند الاطلاق ومنه الكسوة فى الكفارة وهو من الميت لايتحقق الا ان ينوي به الستر وقيل بالفارسية ينصرف الى اللبس *

قال وكذلك الكلام والدخول لان المقصود من الكلام الافهام والموت ينافيه والمراد من الدخول عليه زيارته وبعد الموت

الطحاوي ومن حلف ليضربن فلانا مائة سوط فضربها ضربة واحدة ان وصل اليه كل سوط بحياله برفي يمينه والايلام شرط فيه لان القصد من الضرب الايلام *

قوله ومن يعذب فى القبر توضع فيه الحيوة ثم من كل وجه عند البعض ويقدر ما يتألم عند البعض وقال بعضهم يؤمن باصل العذاب ويسكت عن الكيفية وعن ابى الحسين الصالحي يعذب الميت من غير حيوة اذ الحيوة عنده ليست بشرط لثبوت العلم وقيد بقوله في قول العامة احترازا عن قوله وكذلك الكسوة يعني لو قال ان كسوتك فعبدي حر **قوله** وقيل بالفارسية ينصرف الى اللبس اي من غير تمليك ولو حلف لا يلبس فلانا فالبسه بعدما مات حنث لان الالباس هو الستر والميت يستر كما يستتر الحي **قوله** وكذلك الكلام بان حلف لايكلم فلانا اولا يدخل دار فلان لان المقصود من الكلام الافهام وذا بالاسماع وذا لا يتحقق بعد الموت فان قيل روي ان قتلى بدر من المشركين لما القوا فى القليب قام رسول الله عليه السلام على رأس القليب وقال هل وجدتم ما وعد ربكم حقا فقال عمر رضي الله عنه اتكلم الميت يا رسول الله فقال ما انتم باسمع من هؤلاء قلنا هو غير ثابت فانه لما بلغ هذا الحديث لعائشة رضي الله عنها قالت كذبتم على رسول الله عليه السلام قال الله تعالى انك لاتسمع الموتى وما انت بمسمع من فى القبور ثم لو صح ذلك كان ذلك معجزة لرسول الله عليه السلام

يزار قبره لا هو ولو قال ان غسلتك فعبدي حر فغسله بعد ما مات يحنث لان الغسل هو الاسالة ومعناه التطهير ويتحقق ذلك في الميت ومن حلف لا يضرب امرأته فمد شعرها اوخنقها او عضها حنث لانه اسم لفعل مؤلم وقد تحقق الايلام وقيل لا يحنث في حال الملاعبة لانه يسمى ممازحة لا ضربا ومن قال ان لم اقتل فلانا فامرأته طالق وفلان ميت وهو عالم به حنث لانه عقد يمينه على حيوة يحدثها الله تعالى فيه وهو متصور فينعقد

وقيل المقصود بذلك وعظ الاحياء لا افهام الموتى ونظيره ما روي ان عليا رضي الله عنه كان اذا اتى المقابر قال عليكم السلام ديار قوم مؤمنين اما نساؤكم فقد نكحت واما اموالكم فقد قسمت واما دوركم فقد سكنت فهذا خبركم عندنا فما خبرنا عندكم وكان يقول سئل الارض من شق انهارك وغرس اشجارك وجني ثمارك فان لم تجبك حوارا اجابتك اعتبارا وكان ذلك على سبيل الوعظ للاحياء لا على سبيل الخطاب للجمادات والموتى *

قوله يزار قبره لا هو لان من طاف بيات رجل لم يعد زائرا له ولو دخل عليه وهو نائم لا يعد زائرا له فهنا اولى **قوله** ومعناه التطهير ويتحقق ذلك في الميت الا ترى ان من صلى وهو يحمل ميتا مسلما لم يغسل بعد لا يجوز ولو كان غسيلا تجوز صلوته **قوله** فمد شعرها اوخنقها او عضها حنث قالوا هذا اذا كان اليمين بالعربية ولو كانت بالفارسية لا يحنث كذا ذكره التمرتاشي رحمه الله وقال في الاصل اووجأها اوقرصها وقال الشافعي رحمه الله لا يحنث لان هذه الاشياء لا يسمى ضربا عادة **قوله** وقيل لا يحنث في حال الملاعبة اي وان المها لانه لم يتعارف هذا ضربا بل ممازحة كذا في الفوائد الظهيرية وهذا يدل على انه لو ضربها بآلة في حالة الملاعبة لا يحنث ايضا لانه يسمى ممازحة لا ضربا وفي التفاريق الضرب لا يقع على الرامي بحجر وغيره كذا ذكره التمرتاشي رح *

قما

ثم يحنث للعجز العادي وان لم يعلم لا يحنث لانه عقد يمينه على حيوة كانت فيه ولا يتصور فيصير قياس مسئلة الكوز على الاختلاف وليس في تلك المسئلة تفصيل العلم هو الصحيح والله تعالى اعلم بالصواب *

باب اليمين في تقاضي الدراهم

ومن حلف ليقضين دينه الى قريب فهو مادون شهر وان قال الى بعيد فهو اكثر من الشهر لان مادونه يعد قريبا والشهر وما زاد عليه يعد بعيدا ولهذا يقال عند بعد العهد ما لقيتك منذ شهر ومن حلف ليقضين فلانا دينه اليوم فقضاه ثم

قوله ثم يحنث للعجز العادي هو منسوب الى العادة اي لانه ما جزعادة لانه لا اعادة للحيوة قبل اليوم الموعود في العادة فيتحقق العجز عن اعادتها عادة **قوله** وليس في تلك المسئلة تفصيل العلم اي في مسئلة الكوز **قوله** هو الصحيح احترازعما ذكر في شرح الطحاوي فقال فيه ولو كان يعلم ان الكوز لاماء فيه فحلف وقال ان لم اشرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم فامرأته طالق فانه يحنث بالاتفاق وروي عن ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه في رواية اخرى انه لا يحنث علم اولم يعلم وهو قول زفر رحمة الله تعالى عليه والصحيح ماذكر في الكتاب كذا في الفوائد الظهيرية وقد تقدم الفرق بين مسئلة الكوز ومسئلة القتل والله تعالى اعلم بالصواب

باب اليمين في تقاضي الدراهم

قوله فهو اكثر من الشهر الحكم في شهر كذلك لكنه ذكر الاكثر في مقابلة مادون الشهر *

وجد فلان بعضها زيوفا او نبهرجة او مستحقة لم يحنث الحالف لان الزيافة عيب والعيب لا يعدم الجنس ولهذا لو تجوز به صار مستوفيا فوجد شرط البر وقبض المستحقة صحيح فلا يرتفع برده البر المتحقق وان وجدها رصاصا او ستوقة حنث لانهما ليسا من جنس الدراهم حتى لا يجوز التجوز بهما في الصرف والسلم وان باعه بها عبدا وقبضه بر في يمينه

قوله وجد فلان بعضها زيوفا او نبهرجة في المغرب زافت عليه دراهمه اي صارت مردودة عليه لغش فيها وقد زيفت اذا ردت ودرهم زيف وزائف ودراهم زيوف وزيف وقيل هي دون النبهرج في الرداءة لان الزيف مايرده بيت المال والنبهرج مايرده التجار وقياس مصدره الزيوف واما الزيافة فمن لغة الفقهاء والستوق بالفتح اردأ من النبهرج وعن الكرخي رحمه الله الستوق عندهم ما كان الصفر او النحاس هو الغالب الاكثر فيه وقيل هو تعريب سه تو وهو ان يكون داخله نحاسا وخارجه فضة **قوله** فلا يرتفع برده البر المتحقق جواب عما يقال لما رد المقبوض انتقض قبضه من الاصل فصار كان لم يكن فقال بلى انتقض القبض بعد الصحة لان المقبوض من جنس حقه فيظهر نقض القبض في حق حكم يقبل الانتقاض والبر لا يحتمل الانتقاض لان اليمين قد انحلت به وفي الايضاح والقبض وان انتقض بالرد ولكن اليمين قد انحلت قبل الرد لوجود شرطه وهو قبض الحق فلا يثبت الحنث في اليمين المنحلة لان الحنث يقتضي قيام اليمين ولم يبق اليمين **قوله** حتى لا يجوز التجوز بهما في الصرف والسلم لانه يكون استبدالا لا استيفاء وهذا ايضاح انه ليس من جنس الدراهم **قوله** وان باعه بها عبدا وقبضه اي المشتري العبد وانما شرط القبض لان الثمن بنفس البيع وان وجب على المشتري الا انه بعرض السقوط وتقرره بالقبض فشرط القبض لهذا

لان قضاء الدين طريقه المقاصة وقد تحققت بمجرد البيع فكانه شرط القبض ليتقرر به
وان وهبه له يعني الدين لم يبر لعدم المقاصة لان القضاء فعله والهبة اسقاط من صاحب الدين
ومن حلف لا يقبض دينه درهما دون درهم فقبض بعضه لم يحنث حتى يقبض جميعه

قوله لان قضاء الدين طريقه المقاصة ووجه ذلك هو ان ما يقبضه رب الدين يصير مضمونا عليه لانه يقبضه لنفسه على وجه التملك ولرب الدين على المديون مثله اي مثل ما في ذمته فيلتقيان قصاصا واذا ثبت ان طريق قضاء الدين ما قلنا وقعت المقاصة بين الدين وبين ثمن العبد فكان ثمن العبد قضاء لان ثمن العبد آخر الدينين وجوبا وآخر الدينين وجوبا قضاء لاولهما وجوبا اذ القضاء يتلو الوجوب **قوله** وان وهبه له يعني الدين لم يبر وفي الكافي للعلامة النسفي رحمة الله تعالى وقوله في الهداية لم يبر مشكل لانه يوهم انه يحنث وليس كذلك لان اليمين لما كانت موقتة باليوم فاذا وهبه له قبل مضي اليوم فقد عجز عن تحقق البر قبل مجيء وقت الحنث وهو آخر اليوم فيبطل اليمين عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى كما لو قال ان لم اشرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم فعبده حر نصب الماء قبل مضي اليوم فان اليمين تبطل عندهما والجواب ان قوله لم يبر ساكت عن الحنث فلا يحمل عليه بل المراد لم يبر ولم يحنث ايضا لفوات المحلوف عليه وهو الدين وهذا لان قوله لم يبر اعم من قوله يحنث ومن قوله تبطل اليمين فيحمل على الثاني تصحيحا لكلامه ولو لم يتقيد باليوم يستقيم كما في مسئلة الكوز وذكر في الفوائد الظهيرية بخلاف ما اذا وهبها اذ ليس فيها قضاء ولا اقتضاء بل هي اسقاط

لان الشرط قبض الكل لكنه بوصف التفرق الاترى انه اضاف القبض الى دين معرف مضاف اليه فينصرف الى كله فلا يحنث الا به فان قبض دينه في وزنين ولم يتشاغل بينهما الا بعمل الوزن لم يحنث وليس ذلك بتفريق لانه قد يتعذر وزن الكل دفعة واحدة عادة فيصير هذا القدر مستثنى عنه ومن قال ان كان لي الا مائة درهم فامرأته طالق فلم يملك الا خمسين درهما لم يحنث لان المقصود منه عرفا نفي ما زاد على المائة ولان استثناء المائة استثناؤها بجميع اجزائها وكذلك اذا قال غير مائة او سوى مائة لان كل ذلك اداة الاستثناء والله تعالى اعلم بالصواب •

وابراء غيرانه ان لم يبر لم يحنث ايضا عندهما لفوات المحلوف عليه وهو الدين وفوات المحلوف عليه جهة في بطلان اليمين على ما عرف في مسئلة الكوز وفي فوائد الخبازي رحمه الله وقيل ذكر اليوم في وضع المسئلة وقع سهوا من الكاتب وذكر فخر الاسلام علي البزدوي والشيخ الامام شمس الائمة السرخسي والشيخ الامام ابو المعين النسفي رحمهم الله هذه المسئلة في كتبهم مطلقة غير موقتة باليوم فعلى هذا معنى قوله لا يبر يحنث لكن هذه نسبة الى السهو مع الوجه الصحيح وهو انه لا يبر لبطلان اليمين فلا يحنث •

قوله لان الشرط اي شرط الحنث قبض الكل لكنه بوصف التفرق يعني ان شرط الحنث شيئان احدهما قبض الكل والثاني وصف التفرق فيه فاذا وجد احدهما دون الآخر لا يحنث ثم ههنا عند قبض البعض ان وجد التفرق لم يوجد قبض الجميع بعد فلا يحنث **قوله** ولان استثناء المائة استثناؤها بجميع اجزائها فكان استثناء الخمسين داخلا تحت استثناء المائة لان الخمسين من اجزاء المائة فلهذا لا يحنث والله تعالى اعلم بالصواب •

تمت

مسائل متفرقة

واذا حلف لا يفعل كذا تركه ابدا لانه نفي الفعل مطلقا فعم الامتناع ضرورة عموم النفي وان حلف ليفعلن كذا ففعله مرة واحدة بر في يمينه لان الملتزم فعل واحد غير عين اذا لمقام مقام الاثبات فيبر باي فعل فعله وانما يحنث لوقوع الياس عنه وذلك بموته اوبفوت محل الفعل واذا استحلف الوالي رجلا ليعلمنه بكل داعر دخل البلد فهذا على حال ولايته لان المقصود منه دفع شره اوشر غيره بزجره فلا يفيد فائدته بعد زوال سلطنته والزوال بالموت وكذا بالعزل في ظاهر الرواية •

مسائل متفرقة

قوله فعم الامتناع ضرورة عموم النفي لانه نفي الفعل مطلقا فيقتضي عدم الفعل في جميع العمر ضرورة عموم النفي ووجوده في جزء منه ينافي العدم في جميعه **قوله** فيبر باي فعل فعله اي مختارا اومكرها اوناسيا اوبطريق التوكيل **قوله** بكل داعر الداعر الخبيث المفسد ومصدره الدعارة وهي من قولهم عود دعر اي كثير الدخان كذا في المغرب **قوله** وكذا بالعزل في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجب الرفع بعد العزل لانه مفيد لاحتمال ان يؤتي ثانيا فيؤدب الداعر ثم ان الحالف لوعلم بدخول الداعر البلد ولم يعلم المستحلف حال قيام سلطنته لايحنث بمجرد انه لم يعلم لانه جعل شرط الحنث ترك الاعلام وبالتأخير لايتحقق الترك مادام سلطانا واما اذا لم يعلمه حتى مات المستحلف اوعزل فحينئذ يحنث الحالف ولاينفعه اعلام السلطان الذي جاء بعده لان يمينه انعقدت على اعلام الاول كذا في الذخيرة •

ومن حلف ان يهب عبده لفلان فوهبه ولم يقبل فقد بر في يمينه خلافا لزفر رح فانه يعتبره بالبيع لانه تمليك مثله ولنا انه عقد تبرع فيتم بالمتبرع ولهذا يقال وهب ولم يقبل ولان المقصود اظهار السماحة وذلك يتم به واما البيع فمعاوضة فاقتضى الفعل من الجانبين ومن حلف لا يشم ريحانا فشم وردا او ياسمينا لا يحنث لانه اسم مالا ساق له ولهما ساق

قوله ومن حلف ان يهب عبده لفلان فوهبه اي قال وهبت منك هذا العبد ولم يقبل فقد بر في يمينه وكذا لو حلف لا يهب عبده من فلان فوهبه ولم يقبل حنث وقال زفر رح لم يحنث ما لم يقبلها ويقبضها لان الهبة لا يصح الا بهما ولنا ان الهبة اسم لايجاب الملك من جانب وقد وجد وفي الذخيرة الهبة هي التمليك من جانب الواهب وذلك في قوله وهبت ولا تعلق له بالقبول وانما القبول لثبوت الملك والملك حكم الهبة وشرط الحنث نفس الهبة لا حكمها وفي جامع بكر رحمه الله هذا كالو حلف لا يقرله بشيء او لا يوصي ففعل ولم يقبل الآخر حنث ثم اختلف اصحابنا رحمهم الله قال بعضهم الملك يثبت قبل القبول الا ان بالرد ينتقض دفعا لضرر المنة وقال بعضهم لا يثبت لاحتمال ان يكون الموهوب محرما للموهوب له فيعتق فلا يمكن دفع الضرر فيتوقف الثبوت على القبول بخلاف البيع والاجارة والكتابة لانه تمليك من الجانبين وكان تمامه بهما وكذا كل عقد فيه بدل والصدقة والعطية والهدية والنحلى والعمرى والاعارة كالهبة وفي الكفاية وكذا القرض وعن ابي يوسف رح رواية اخرى ان قبول المستقرض شرط لان القرض في حكم المعاوضة **قوله** ومن حلف لا يشم ريحانا الخ الريحان هو كل ما طاب ريحه من النبات وعند الفقهاء الريحان ماساقه رائحة طيبة كالورقة كالآس والورد ما لورقه رائحة طيبة فحسب كالياسمين كذا في المغرب وفي عرف اهل العراق الريحان اسم لما لا قيام له على الساق من البقل مما له رائحة طيبة ويستنبت في كل عام كالضيمران ونحوه وفي المبسوط ولو حلف لا يشم ريحانا فشم آسا وما اشبهه من الرياحين

ولو حلف لا يشتري بنفسجا ولا نية له فهو على دهنه اعتبارا للعرف ولهذا يسمى بائعه بائع البنفسج والشراء يبتني عليه وقيل في عرفنا يقع على الورق وان حلف على الورد فاليمين على الورق لانه حقيقة فيه والعرف مقرر له وفي البنفسج قاص عليه والله تعالى اعلم ٭

حنث وان شم الياسمين او الورد لا يحنث لانهما من جملة الاشجار والرياحين اسم لما ليس له شجر الاترى ان الله تعالى قال والنجم والشجر يسجدان الى ان قال والحب ذو العصف والريحان فقد جعل الريحان غير الشجر فعرفنا ان ماله شجر ليس بريحان وان كانت له رائحة مستلذة ٭

قوله ولو حلف لا يشتري بنفسجا وفي المبسوط اذا حلف لا يشتري بنفسجا فاشترى دهن بنفسج حنث عندنا ولم يحنث عند الشافعي رح لانه يعتبر حقيقة لفظه وما اشترى عين البنفسج لان المتصل بالدهن رائحة البنفسج لا عينه ولكنا نعتبر العرف فاذا اطلق البنفسج يراد به الدهن ويسمى بائعه بائع البنفسج فيصير هو بشرائه مشتريا للبنفسج ايضا ولو اشترى ورق البنفسج لم يحنث وذكر الكرخي رح في كتابه انه يحنث ايضا وهذا شيء يبتني على العرف ففي اهل الكوفة في ذلك الوقت بائع الورق لا يسمى بائع البنفسج وانما يسمى به بائع الدهن فبني الجواب في الكتاب على ذلك ثم شاهد الكرخي عرف اهل بغداد انهم يسمون به بائع الورق ايضا فقال يحنث وهكذا في ديارنا ولا نقول ان اللفظ في احدهما حقيقة وفي الآخر مجاز ولكن فيهما حقيقة ويحنث فيهما باعتبار عموم المجاز والخيري كالبنفسج واما الورد والحناقال فاني استحسن ان اجعله على الورق والورد اذا لم يكن له نية وان اشترى دهنهما لم يحنث

قوله والعرف مقرر له لان اسم الورد حقيقة في ورقه وفي العرف يراد به الورق ايضا فكان العرف مقررا له وفي البنفسج قاص عليه لانه اسم للورق حقيقة ويراد به في العرف دهنه فرجحنا العرف على الحقيقة لان مبنى الايمان على العرف والله تعالى اعلم بالصواب ٭

كتاب الحدود

الحد لغة هو المنع ومنه الحداد للبواب وفي الشريعة هو العقوبة المقدرة حقا لله تعالى
حتى لا يسمى القصاص حدا لما انه حق العبد ولا التعزير لعدم التقدير والمقصد
الاصلي من شرعه الانزجار عما يتضرر به العباد

كتاب الحدود

قوله وفي الشريعة هو العقوبة المقدرة حقا لله تعالى احترز بالمقدرة عن التعزير وبقوله
حقا لله تعالى عن القصاص قيل تقديرات الشرع على اربعة انواع منها ما هو يمنع الزيادة
والنقصان وهو الحدود ومنها ما لا يمنع الزيادة والنقصان كما قال الله تعالى
وما تدري نفس ماذا تكسب غدا فانه لا يعلم ماذا تكسب في هذا اليوم في الزمان الثاني
ولا في بعد غد وكذلك قوله تعالى من ان تامنه بقنطار يؤده اليك ومنها ما هو يمنع
الزيادة دون النقصان وهو خيار الشرط عند ابي حنيفة رحمه الله ومنها ما هو يمتنع
النقصان دون الزيادة كمدة السفر **قوله** والمقصد الاصلي من شرعه الانزجار عما
يتضرر به العباد وهو اختلاط الانساب فالله تعالى شرع حد الزنا لصيانة فرش
المسلمين عن الفساد وشرع حد القذف لصيانة اعراضهم وشرع حد الشرب لصيانة
عقولهم وشرع حد السرقة لصيانة اموالهم

قمح

والطهرة ليست اصلية فيه بدليل شرعه في حق الكافر•

قال الزنا يثبت بالبينة والاقرار والمراد ثبوته عند الامام لان البينة دليل ظاهر وكذا الاقرار لان الصدق فيه مرجح لا سيما فيما يتعلق بثبوته مضرة ومعرة والوصول الى العلم القطعي متعذر فيكتفى بالظاهر

قال فالبينة ان يشهد اربعة من الشهود على رجل وامرأة بالزنا لقوله تعالى فاستشهدوا عليهن اربعة منكم وقال الله تعالى ثم لم يأتوا باربعة شهداء وقال عليه الصلوة والسلام للذي قذف امرأته ايت باربعة يشهدون على صدق مقالتك ولان في اشتراط الاربعة يتحقق معنى الستر وهو مندوب اليه والاشاعة ضده

قوله والطهرة ليست اصلية لانها تحصل بالتوبة لا باقامة الحد اذ الحد يقام على كره منه فلا يكون محصلا للثواب فلا يحصل به الطهرة فان تاب كان الحد طهرة له والا لا يكون طهرة بل يكون خزيا ونكالا كما قال الله تعالى في حد قطاع الطريق ذلك لهم خزي في الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم قوله الزنا يمد ويقصر فالقصر لاهل الحجاز قال الله تعالى ولا تقربوا الزنا والمد لاهل نجد قال الفرزدق اباحاضر من يزن يعرف زناؤه ومن يشرب الخرطوم يصبح مسكرا الخرطوم الخمر المسكر بفتح الكاف من التسكير المخمور يخاطب به الرجل المكني بابي حاضر والنسبة الى المقصور زنوي والى الممدود زناوي كذا في الصحاح قوله يثبت بالبينة والاقرار اي عند الامام وعلم القاضي ليس بحجة في الحدود باجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم وان كان القياس يقتضي اعتباره لان علمه فوق البينة والاقرار قوله والاشاعة ضده اي ضد الستر فيكون مذموما لقوله تعالى ان الذين يحبون ان تشيع الفاحشة في الذين آمنوا لهم عذاب اليم في الدنيا والآخرة •

فاذا شهدوا يسألهم الامام عن الزنا ماهو وكيف هو واين زنى ومتى زنى وبمن زنى لان النبي عليه السلام استفسر ماعزا عن الكيفية وعن المزنية ولان الاحتياط في ذلك واجب لانه عساه غير الفعل فى الفرج عناه او زنى في دار الحرب اوفى المتقادم من الزمان اوكانت له شبهة لا يعرفها هو ولا الشهود كوطئ في جارية الابن فيستقصى في ذلك احتيالا للدرء فاذا بينوا ذلك وقالوا رأيناه وطئها في فرجها كالميل فى المكحلة وسأل القاضي عنهم فعدلوا فى السر والعلانية حكم بشهادتهم ثم لم يكتف بظاهر العدالة فى الحد ود احتيالا للدرء قال عليه السلام ادرؤا الحدود ما استطعتم بخلاف سائر الحقوق عند ابي حنيفة رح وتعديل السر والعلانية نبينه فى الشهادات ان شاء الله تعالى

قوله فاذا شهدوا يسألهم الامام عن الزنا ما هو وكيف هو اما السؤال عن ماهية الزنا فللاحتراز عما لم يكن فعلهما على الحد الذي ذكر من تفسير الزنا فان من الناس من يعتقد في كل وطئ انه زنى. ولان الشرع سمى الفعل فيما دون الفرج زنا قال العينان تزنيان وزناهما النظر واليدان تزنيان وزناهما البطش والرجلان تزنيان وزناهما المشي والفرج يصدق ذلك اويكذب والحد لا يجب الا بالجماع في الفرج واما السؤال عن الكيفية فللاحتراز عن تماس الفرجين من غير ايلاج وقيل للاحتراز عن صورة الاكراه واما السؤال عن المكان فللاحتراز عن فعل الزنا في دار الحرب واما السؤال عن الوقت فللاحتراز عن ان يكون العهد متقادما وحد الزنا لا يقام بعد تقادم العهد عندنا واما السؤال عن المزني بها فللاحتراز عن ان يكون له نكاح اوشبهة نكاح مع المفعول بها وذلك غير معلوم للشهود فاذا فسروا تبين ذلك للقاضي **قوله** وقالوا رأيناه وطئها هذا جواب عما هو وقوله كالميل فى المكحلة جواب كيف هو ميل المكحلة خشبتها التي يكتحل بها والمكحلة بضمتين وعاء الكحل والجمع مكاحل.

قال في الاصل يحبسه حتى يسأل عن الشهود للاتهام بالجناية وقد حبس رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا بالتهمة بخلاف الديون حيث لا يحبس فيها قبل ظهور العدالة وسيأتيك الفرق ان شاء الله تعالى*

قال والاقرار ان يقر البالغ العاقل على نفسه بالزنا اربع مرات في اربعة مجالس من مجالس المقر كلما اقر رده القاضي فاشتراط البلوغ والعقل لان قول الصبي والمجنون غير معتبر او هو غير موجب للحد واشتراط الاربع مذهبنا وعند الشافعي رح يكتفي بالاقرار مرة واحدة اعتبارا بسائر الحقوق وهذا لانه مظهر وتكرار الاقرار لا يفيد زيادة الظهور بخلاف زيادة العدد في الشهادة ولنا حديث ماعز رضه فانه عم اخر الاقامة الى ان تم الاقرار منه اربع مرات في اربعة مجالس فلو ظهر دونها لما اخرها لثبوت الوجوب ولان الشهادة اختصت فيه بزيادة العدد فكذا الاقرار اعظاما لامر الزنا وتحقيقا لمعنى الستر

قوله يحبسه حتى يسأل عن الشهود فان قيل الحبس ينافي الاحتيال للدرء فينبغي ان لا يشرع كاخذ الكفيل منه قلنا حبسه ليس بطريق الاحتياط بل بطريق التعزير لانه صار متهما بارتكاب الفاحشة فيحبسه تعزيرا **قوله** في اربعة مجالس من مجالس المقر وقال ابن ابي ليلى يقام بالاقرار اربع مرات وان كان في مجلس واحد اعتبار اللاقرار بالشهادة بعلة انها حد حجتي الزنا **قوله** اعتبارا بسائر الحقوق يعني في سائر الحقوق العدد معتبر في الشهادة دون الاقرار فكذلك ههنا **قوله** بخلاف زيادة العدد في الشهادة لان زيادة طمانينة القلب تحصل بزيادة العدد من الشهود ولا يحصل ذلك بتكرار الكلام من واحد **قوله** ولنا حديث ماعز فانه جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال زنيت فطهرني فاعرض عنه فجاء الى الجانب الاخر وقال مثل ذلك فلما قال في المرة الرابعة قال صلى الله عليه وسلم الآن اقررت اربعا فيمن زنيت قال بفلانة قال لعلك قبلتها لعلك باشرتها

ولابد من اختلاف المجالس لما روينا ولان لاتحاد المجلس اثرا في جمع المتفرقات فعنده يتحقق شبهة الاتحاد في الاقرار والاقرار قائم بالمقر فيعتبرا تحاد مجلسه دون القاضي والاختلاف بان يرده القاضي كلما اقر فيذهب حيث لا يراه ثم يجيء فيقرهو المروي عن ابي حنيفة رح لانه عليه السلام طرد ماعزا في كل مرة حتى توارى بحيطان المدينة

فابى الا ان يقر بصريح الزنا فقال ابك خبل ابك جنون وفي رواية بعث الى اهله هل ينكرون من عقله فقالوا لا فسأل عن احصانه فاخبر انه محصن فامر برجمه كذا في المبسوط فان قيل انما اعرض النبي عليه السلام لانه استراب عقله فقد جاء اشعث اغبر متغيرا للون الا انه لما اصر على الاقرار ودام على نهج العقلاء قبله بعد ذلك ثم ازال الشبهة بالسؤال ابك خبل ابك جنون قلنا اما الحال فدليل التوبة والخوف من الله تعالى لا دليل الجنون وانما قال رسول الله عليه السلام ابك خبل ابك جنون تلقينا لما يدرأ به الحد كما قال لعلك وطئتها ليرجع عن الزنا الى الوطي فيسقط الحد به عنه وكما قال للسارق اسرقت وما اخاله سرق والدليل عليه ما روي ان ابابكر رض قال لماعز لما اقر ثلثا ان اقررت الرابعة رجمك فثبت ان هذا العدد كان ظاهرا عندهم ولانه لو كان لابلاء العذر لعلق الامر بثلث لا باربع كذا في الاسرار واعتباره بسائر الحقوق باطل فقد ظهر منه من التغليظ مالم يظهر في سائر الاشياء من ذلك ان النسبة الى هذا الفعل موجب للحد بخلاف سائر الافعال وشرط في احدى الحجتين من العدد مالم يشترط في سائرها وكل ذلك للتغليظ فكذلك اعتبار عدد الاقرار كذا في المبسوط.

قوله ولابد من اختلاف المجالس لما روينا اراد به قوله الى ان يتم الاقرار منه اربع مرات في اربع مجالس فعنده اي فعند اتحاد المجلس **قوله** فيعتبر اتحاد مجلسه دون القاضي اي اتحاد مجلس المقر معتبر في عدم الوجوب دون اتحاد مجلس القاضي **قوله** والاختلاف بان يرده القاضي كلما اقر بان يقول ابك خبل

قال فاذا تم اقراره اربع مرات ساله عن الزنا ماهو وكيف هو واين زنى وبمن زنى فاذا بين ذلك لزمه الحد لتمام الحجة ومعنى السؤال عن هذه الاشياء بيناه في الشهادة ولم يذكر السؤال فيه عن الزمان وذكره في الشهادة لان تقادم العهد يمنع الشهادة دون الاقرار وقيل لو سأله جاز لجواز انه زنى في صباه فان رجع المقر عن اقراره قبل اقامة الحد او في وسطه قبل رجوعه وخلي سبيله وقال الشافعي رحمه الله وهو قول ابن ابي ليلى يقيم عليه الحد لانه وجب باقراره فلا يبطل برجوعه وانكاره كما اذا وجب بالشهادة وصار كالقصاص وحد القذف ولنا ان الرجوع خبر محتمل للصدق كالاقرار وليس احد يكذبه فيه فتتحقق الشبهة في الاقرار بخلاف ما فيه حق العبد وهو القصاص وحد القذف لوجود من يكذبه ولا كذلك ماهو خالص حق الشرع ويستحب للامام ان يلقن المقر الرجوع فيقول له لعلك لمست او قبلت لقوله عليه السلام لماعز رضي الله عنه لعلك مسستها او قبلتها وقال في الاصل وينبغي ان يقول له الامام لعلك تزوجتها او وطئتها بشبهة وهذا قريب من الاول في المعنى والله اعلم بالصواب *

ابك جنون كما مر من لفظ الحديث وفي الايضاح وينبغي للامام ان يزجره عن الاقرار ويظهر الكراهة له ويأمر بتنحيته لما روي عن النبي عليه السلام انه طرد ماعزا وعن عمر رضي الله عنه انه قال اطردوا المعترفين يعني في الزنا *

قوله كما اذا وجب بالشهادة يعني ان الحد لا يبطل بانكار المشهود عليه بعد شهادة الشهود عليه فكذا لا يبطل الاقرار بانكاره لانهما حجتان فيه فيعتبر احدهما بالآخر قلنا ان انكار المشهود عليه شرط صحة قبول البينة وشرط صحة الشيء لا يكون مبطلا له **قوله** ولا كذلك ماهو خالص حق الشرع اي ليس احد يكذبه فيه فيتعارض كلاماه الاقرار والرجوع وكل واحد منهما محتمل بين الصدق والكذب والشبهة تثبت بالمعارضة فيسقط الحد لوجود الشبهة بهذا الطريق **قوله** وهذا قريب

فصل في كيفية الحد واقامته

واذاوجب الحد وكان الزاني محصنارجمه بالحجارة حتى يموت لانه عليه الصلوة والسلام رجم ماعزاوقد احصن وقال في الحديث المعروف وزنا بعدالاحصان وعلى هذا اجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم وقال يخرجه الى ارض فضاء ويبتدئ الشهود برجمه ثم الامام ثم الناس كذاروي عن علي رضي الله تعالى عنه ولان الشاهد قد يتجاسر على الاداء ثم يستعظم المباشرة فيرجع فكان في بداءته احتيال للدرء وقال الشافعي رحمة الله تعالى عليه لا تشترط بداءته اعتبارا بالجلد قلنا كل احد لا يحسن الجلد فربما يقع مهلكا والاهلاك غير مستحق ولا كذلك الرجم لانه اتلاف فان امتنع الشهود من الابتداء سقط الحد لانه دلالة الرجوع *

من الاول اي قوله لعلك تزوجتها اووطئتها بشبهة قريب من قوله لعلك مسستها اوقبلتها في المعنى من حيث ان كل واحد منهما تلقين للرجوع لما ان في كل واحد منهما لو قال نعم يسقط الحد والله تعالى اعلم بالصواب *

فصل في كيفية الحد واقامته

قوله في الحديث المعروف وهوقوله صلى الله عليه وسلم لا يحل دم امرئ مسلم الا باحدى معان ثلث كفر بعد ايمان وزنا بعد احصان وقتل نفس بغير حق وهو حديث معروف **قوله** وعلى هذا اجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم اي على وجوب الرجم اذاكان الزاني محصنا الرجم حد مشروع في حق المحصن ثابت بالسنة الا على قول الخوارج فانهم ينكرون الرجم لانهم لا يقبلون الاخبار اذا لم يكن في حيز التواتر *

وكذا اذا ماتوا او غابوا في ظاهر الرواية لفوات الشرط وان كان مقرا ابتدأ الامام ثم الناس كذا روي عن علي رضي الله عنه ورمى رسول الله عليه السلام الغامدية بحصاة مثل الحمصة وكانت قد اعترفت بالزنا ويغسل ويكفن ويصلى عليه لقوله عليه السلام في ماعز رضي الله عنه اصنعوا به كما تصنعون بموتاكم ولانه قتل بحق فلا يسقط الغسل كالمقتول قصاصا وصلى النبي عليه السلام على الغامدية بعد ما رجمت وان لم يكن محصنا وكان حرا فحده مائة جلدة لقوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة الا انه انتسخ في حق المحصن فبقي في حق غيره معمولا به

قوله وكذا اذا ماتوا اوغابوا في ظاهر الرواية احترز به عما روي عن ابي يوسف رحمة الله تعالى عليه فانه ذكر في الايضاح ولو امتنع الشهود او بعضهم او كانوا غيبا او ماتوا او مات بعضهم او عمي بعضهم او خرس او جن او ارتد او قذف مسلما فضرب الحد لم يرجم المشهود عليه في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله واحدى الروايتين عن ابي يوسف رحمة الله تعالى عليه وروي انهم اذا امتنعوا اوغابوا رجم الامام ثم الناس كذا في الذخيرة فاذا كان الشهود مقطوع اليدين في الاصل لايمتنع الاقامة بخلاف ما اذا قطعت ايديهم بعد الشهادة وفي الايضاح ولا باس لكل من رمى ان يتعمد قتله لانه المقصد من الرجم الا انه اذا كان ذا رحم محرم من المرجوم فانه لا يستحب ان يتعمد قتله وقد روي عن حنظلة بن ابي عامر رضي الله عنه انه استأذن رسول الله عليه السلام في قتل ابيه وكان هو كافرا فمنعه ذلك وقال دعه يكفيك غيرك ولانه مأمور بصلة الرحم فلا يجوز القطع من غير حاجة الغامدية امرأة من غامد حي من الازد والجلدة ضربها الجلد ومنه جلدته بالبلاد

قال يأمرا لامام بضربه بسوط لا ثمرة له ضربا متوسطا لان عليا رضي الله عنه لما اراد ان يقيم الحد كسر ثمرته و المتوسط بين المبرح و غيرا لمؤلم لافضاء الاول الى الهلاك وخلو الثاني عن المقصود وهو الا نزجار وتنزع عنه ثيابه معناه دون الازار لان عليا رضي الله عنه كان يأمر بالتجريد في الحدود ولان التجريد ابلغ في ايصال الالم اليه وهذا الحد مبناه على الشدة في الضرب وفي نزع الازار كشف العورة فليتوقاه ويفرق الضرب على اعضائه لان الجمع في عضو واحد قد يفضي الى التلف والحد زاجر لا متلف ٭

قال الا رأسه ووجهه وفرجه لقوله عليه السلام للذي امره بضرب الحد اتق الوجه والمذاكير ولان الفرج مقتل والرأس مجمع الحواس وكذا الوجه وهو مجمع المحاسن ايضا فلا يؤمن فوات شيء منها بالضرب وذلك اهلاك معنى فلا يشرع حدا

قوله بسوط لا ثمرة له ثمرة السوط مستعارة من واحدة ثمرة الشجرة وهي عذبته وذنبه طرفه وفي المجمل والصحاح ثمرة السوط عقد اطرافها ومنه يأمرا لامام بضربه بسوط لا ثمرة له يعني العقدة والاول اصح لما ذكر الطحاوي رحمه الله ان عليا رضي الله عنه جلد الوليد بسوط له طرفان وفي رواية له ذنبان اربعين جلدة وكانت الضربة ضربتين كذا في المغرب وكذلك تعليل الايضاح دليل عليه حيث قال وينبغي للقاضي ان يأمر الجلاد ان لا يضرب بسوط له ثمرة لان الثمرة اذا ضرب بها يصير كل ضربة ضربتين والمشهور في الكتب لا ثمرة له اي لا عقدة عليه **قوله** بين المبرح برحاء الحمى وغيرها شدتها لاذي يقول برح به الامير تبريحا وضربه ضربا مبرحا كذا في الصحاح **قوله** ويفرق الضرب على اعضائه ذكر في المبسوط ويعطي كل عضو حظه من الضرب لانه قد نال اللذة في كل عضو **قوله** والمذاكير هي جمع الذكر الذي هو العضو على خلاف القياس كانهم فرقوا بذلك الجمع بين الذكر الذي هو الفحل

وقال ابو يوسف رحمة الله تعالى عليه يضرب الرأس ايضاثم رجع اليه وانما يضرب سوطا لقول ابي بكر رضي الله تعالى عنه اضربوا الرأس فان فيه شيطا نا قلنا تأويله انه قال ذلك فيمن ابيح قتله ونقل انه ورد في حربي كان من دعاة الكفرة والاهلاك فيه مستحق ويضرب في الحدود كلها قائما غير ممدود لقول علي رضي الله عنه يضرب الرجال في الحدود قياما والنساء قعودا ولان مبنى اقامة الحد على التشهير والقيام ابلغ فيه ثم قوله غير ممدود فقد قيل المد ان يلقى على وجه الارض ويمد كما يفعل في زماننا وقيل ان يمد السوط فيرفعه الضارب فوق رأسه وقيل ان يمده بعد الضرب وذلك كله لايفعل لانه زيادة على المستحق وان كان عبدا جلده خمسين جلدة لقوله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب نزلت في الاماء ولان الرق منقص للنعمة فيكون منقصا للعقوبة لان الجناية عند توافر النعم افحش فيكون ادعى الى التغليظ والرجل والمرأة في ذلك سواء لان النصوص تشملهما غير ان المرأة لا ينزع من ثيابها الا الفرو والحشو لان في تجريدها كشف العورة والفرو والحشو يمنعان وصول الالم الى المضروب والستر حاصل بدونهما فينزعان

وبين الذكر الذي هو العضو ثم انما ذكر بلفظ الجمع ههنا مع افراد قرينة وهو الوجه لانه اراد به ذلك العضو المعين ما حوله كقولهم لشابت مفارق رأسه كذا في الصحاح والمغرب وعن ابي يوسف رحمة الله تعالى عليه في ضرب الحد يتقي الفرج والبطن والوجه والصدر ذكره في الذخيرة
قوله قال ابو يوسف رحمة الله تعالى عليه يضرب الرأس ايضا وفي الايضاح يضرب الرأس لان ضربه سوطا او سوطين لا يخشى منه الفساد **قوله** وان كان عبدا جلد خمسين لقوله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب والمراد به الجلد لان الرجم لاينتصف والاية نزلت في الاماء والحكم في العبيد كذلك بدلالة النص

وتضرب جالسة لما روينا ولانه استرلها وان حفرلها في الرجم جاز لانه عليه الصلوة والسلام حفر للغامدية الى ثندوتها وحفر علي رضي الله تعالى عنهم لشراحة الهمدانية وان ترك لا يضره لانه عليه الصلوة والسلام لم يأمر بذلك وهي مستورة بثيابها والحفر احسن لانه استر ويحفر الى الصدر لما روينا ولا يحفر للرجل لانه عليه السلام ماحفر لماعز رضي الله عنه ولان مبنى الاقامة على التشهير في الرجال والربط والامساك غير مشروع ولا يقيم المولى الحد على عبده الا باذن الامام وقال الشافعي رحمة الله تعالى عليه له ان يقيمه لان له ولاية مطلقة عليه كالامام بل اولى لانه يملك من التصرف فيه ما لا يملكه الامام فصار كالتعزير ولنا قوله عليه السلام اربع الى الولاة وذكر منها الحدود ولان الحد حق الله تعالى لان المقصد منها اخلاء العالم عن الفساد ولهذا لا يسقط باسقاط العبد فيستوفيه من هو نائب عن الشرع وهو وانما خصص بالذكر لغلبة اسباب السفاح فيهن ودعوتهن اليه دون العبيد واليه الاشارة في

تقديم الزانية على الزاني بخلاف السارق والسارقة

قوله وتضرب جالسة لما روينا اي من حديث علي رضي الله عنه والنساء قعودا الثندوة بفتح الاول والواو والضم والهمزة مكان الواو والدال في الحالين مضمومة ثدي الرجل او لحم الثديين كذا في المغرب الهمدانية بسكون الميم **قوله** ماحفر لماعز رضه ولا ربط ولا امساك بل كان مطلقا حتى هرب من ارض قليلة الحجارة الى ارض كثيرة الحجارة والربط والامساك غير مشروع الا ان يعجزهم فحينئذ يربط ويشد **قوله** وقال الشافعي رح له ان يقيمه اي الحد الذي هو محض حق الله تعالى ان عاين سببه او قر بين يديه وان ثبت بالبينة فله قولان وفي حد القذف والقصاص له وجهان وهذا اذا كان المولى ممن يملك اقامة الحد بولاية الامامة ان كان اماما فان كان مكاتبا او ذميا او مرأة فليس له ولاية اقامة الحد على مملوكه لقوله عليه السلام اقيموا الحدود على ما ملكت ايمانكم وقال اذا زنت امة احدكم فليجلدها

الامام اونائبه بخلاف التعزير لانه حق العبد ولهذا يعزر الصبي وحق الشرع موضوع عنه

وفي رواية فليحدها ولان له ولاية مطلقة عليه فيملك اقامة ما وجب عليه كالامام بل اولى لان ولايته عليه اقوى من ولاية الامام حتى ملك فيه تصرفات لا يملكها الامام الا ترى ان المولى هو الذي تزوج دون الوالي بالقرابة لان ولاية الملك فوقها وولاية القرابة فوق ولاية السلطنة لان السلطان لا يتزوج الابعد فقد القريب فلما جعلت ولاية الملك فوق ولاية القرابة دل انها فوق ولاية السلطنة ولهذا يملك عليه التعزير كما يملك الامام والحد عقوبة زاجرة كالتعزير ولنا ماروي عن العبادلة الثلثة موقوفا ومرفوعا اربع الى الولاة الحدود والصدقات والجمعات والفيء لان الحد حق الله تعالى اذ الغرض منه اخلاء العالم عن الفساد فتكون الولاية مستحقة بالنيابة عن الله تعالى والامام هو المتعين في نيابة الله تعالى اونائبه فاما الولي فولايته بالملك فلا يصلح نائبا عن الله تعالى بخلاف التعزير لانه من حقوق الملك والمقصود به التثقيف والتأديب وذا سبب زيادة ماليته فيرجع نفعه اليه فكان حقاله فيكون بسبيل منه الا ترى انه يعزر من لا يخاطب بحقوق الشرع كالصبيان وهو كالرياضة والتأديب في الدواب فانه من حقوق الملك ولهذا كان المولى مقدما على الامام وانما تثبت الولاية له بسبب الملك كالتزويج وللامام ولاية اقامة الحد شاء المولى اوابى دل انه لا تثبت له ولاية اقامته بسبب الملك وكيف تثبت به وهو غير مملوك له من ذلك الوجه لان الحدود انما تجب باعتبار معنى الآدمية دون المالية اذ الحد لا يجب على المال بحال والعبد باعتبارها مبقى على اصل الحرية حتى يصح اقراره بالحدود ولا يصح اقرار سيده عليه بها فكان سيده فيها كسائر الاجانب كما في طلاق زوجته وقوله اقيموا الحدود خطاب للائمة كقوله تعالى فاجلدوا فاقطعوا وفائدة تخصيص المماليك ان لا يحملهم الشفقة على ملكهم على الامتناع عن اقامة الحد عليهم اوالمراد التسبيب

قال واحصان الرجم ان يكون حرا عاقلا بالغا مسلما قد تزوج امرأة نكاحا صحيحا ودخل بها وهما على صفة الاحصان فالعقل والبلوغ شرط لاهلية العقوبة اذ لا خطاب دونهما وما وراءهما يشترط لتكامل الجناية بواسطة تكامل النعمة اذ كفران النعمة يتغلظ عند تكثرها وهذه الاشياء من جلائل النعم وقد شرع الرجم بالزنا عند استجماعها فيناط به

والمرافعة الى الامام وقد يضاف الشيء الى المباشر تارة والى المسبب اخرى والظاهر هذا لانه خاطب كل الموالي بذلك وكل الموالي لا يملكون المباشرة بالاجماع *

قوله واحصان الرجم وانما قيد بالرجم احترازا عن احصان القذف فانه غير هذا على ما يجيء ان شاء الله تعالى وفي المبسوط وللاحصان الذي يتعلق به الرجم شرائط فالمتقدمون يقولون شرائطه سبع العقل والبلوغ والحرية والنكاح الصحيح والدخول بالنكاح وان يكون كل واحد من الزوجين مثل الآخر في صفة الاحصان والاسلام والاصح ان يقول شرط الاحصان على الخصوص اتيان الاسلام والدخول بالنكاح الصحيح بامرأة هي مثله فاما العقل والبلوغ فهما شرط الاهلية للعقوبة لا شرط الاحصان على الخصوص لان غير المخاطب لا يكون اهلا لالتزام شيء من العقوبات والحرية شرط تكميل العقوبة لا ان يكون شرط الاحصان على الخصوص واما الدخول فشرطه ثبت بقوله عليه السلام والثيب بالثيب والثيب لا يكون الا بالدخول وشرطنا ان يكون ذلك بالنكاح الصحيح لان الثيب على ما عليه اصل حال الآدمي من الحرية لا يتصور بسبب مشروع سوى النكاح الصحيح فكان المقصود به تغليظ الجريمة لان الرجم افحش العقوبات فيستدعي اغلظ الجنايات والجناية في الاقدام على الزنا بعد اصابة الحلال تكون اغلظ ولهذا لا تشترط العفة عن الزنا في هذا الاحصان بخلاف احصان القذف لان الزنا بعد الزنا اغلظ في الجريمة من الزنا بعد العفة *

بخلاف الشرف والعلم لان الشرع ماورد باعتبارهما ونصب الشرع بالرأي متعذر ولان الحرية ممكنة من النكاح الصحيح والنكاح الصحيح ممكن من الوطي الحلال والاصابة شبع بالحلال والاسلام يمكنه من نكاح المسلمة ويؤكد اعتقاد الحرمة فيكون الكل مزجرة عن الزنا والجناية بعد توفر الزواجر اغلظ والشافعي رحمه الله تعالى يخالفنا في اشتراط الاسلام وكذا ابويوسف رحمه الله في رواية لهما ما روي ان النبي عليه السلام رجم يهودين قد زنيا قلنا كان ذلك بحكم التورية ثم نسخ يؤيده قوله عليه السلام من اشرك بالله فليس بمحصن والمعتبر في الدخول الايلاج في القبل على وجه يوجب الغسل وشرط صفة الاحصان فيهما عند الدخول حتى لو دخل بالمنكوحة الكافرة او المملوكة او المجنونة او الصبية لايكون محصنا وكذا اذا كان الزوج موصوفا باحدى هذه الصفات وهي حرة مسلمة عاقلة بالغة لان النعمة بذلك تتكامل اذ الطبع ينفر عن صحبة المجنونة وقلما يرغب في الصبية لقلة رغبتها فيه وفي المملوكة حذرا عن رق الولد ولا ائتلاف مع الاختلاف في الدين وابويوسف رحمة الله تعالى عليه يخالفهما في الكافرة

قوله بخلاف الشرف والعلم متصل بقوله وهذه الاشياء من جلائل النعم لما ذكر ان تكامل الجناية بواسطة تكامل النعمة فوجب الرجم لذلك على من زنى بعد وجود هذه النعم الجليلة ورد عليه الشرف والعلم فانهما ايضا من اجل النعم ولم يشترطا فاجاب بان الشرع لم يرد به **قوله** والاصابة شبع بالوطي الحلال يعني الاصابة بطريق الحلال يحصل الشبع **قوله** وكذا اذا كان الزوج موصوفا باحدى هذه الصفات وهي الكفر والمملوكية والجنون والصبا اي لا تكون المرأة محصنة وان كان النكاح والدخول موجودين كما لا يكون الرجل محصنا اذا كانت المرأة موصوفة باحدى هذه الصفات عند الدخول*

والحجة عليه ماذكرناه وقوله عليه السلام لا يحصن المسلم اليهودية ولا النصرانية ولا الحر الامة ولا الحرة العبد

قال ولا يجمع في المحصن بين الرجم والجلد لانه عليه الصلوة والسلام لم يجمع ولان الجلد يعري عن المقصود مع الرجم لان زجر غيره يحصل بالرجم اذ هو في العقوبة اقصاها وزجره لا يحصل بعد هلاكه ولا يجمع في البكر بين الجلد والنفي والشافعي رحمه الله يجمع بينهما حدا لقوله عليه السلام البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام ولان فيه حسم باب الزنا لقلة المعارف ولنا قوله تعالى فاجلدوا جعل الجلد كل الموجب رجوعا الى حرف الفاء او الى كونه كل المذكور ولان في التغريب فتح باب الزنا لانعدام الاستحياء من العشيرة ثم فيه قطع مواد البقاء فربما تتخذ زناها مكسبة وهو من اقبح وجوه الزنا

فان قيل كيف يتصور ان يكون الزوج كافرا والمرأة مسلمة قلنا صورته ان يكونا كافرين فاسلمت المرأة ودخل بها الزوج قبل عرض الاسلام على الزوج.

قوله والحجة عليه ما ذكرناه اشارة الى قوله ولا ائتلاف مع الاختلاف في الدين **قوله** لقلة المعارف اي لقلة من يعرفهم ويعرفونه من الاحباء والحبيبات لما ان الزنا انما ينشأ من الصحبة والموانسة والتغريب قاطع لهذا **قوله** رجوعا الى حرف الفاء لانه يقتضي ان يكون جزاء والجزاء انما يكون كافيا لانه من جزء بالهمز اي كفى او الى كونه كل المذكور فيكون كل المراد اذ الموضع موضع الحاجة الى البيان فلو اوجبنا معه التغريب لكان الجلد بعض الموجب فيكون نسخا ثم قوله فيه قطع مواد البقاء فانها اذا تباعدت عن الاهل والوطن اخرجها انقطاع مادة المعاش عنها الى التكسيب بالزنا وفيه قطع مادة البقاء بتضييع الماء وعلوق ولد لا يقوم احد بتربيته وهذا اقوى مما قاله لان ماينشأ من الصحبة والموانسة يكون مكتوما وما ينشأ من الوقاحة وخلاعة العذار يكون مشهورا وهو افحش

وهذه الجهة مرجحة لقول علي رضي الله تعالى عنه كفى بالنفي فتنة والحديث منسوخ كشطره وهو قوله عليه الصلوة والسلام الثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة وقد عرف طريقه في موضعه •

قوله وهذه الجهة مرجحة اي هذه الجهة من العلة اقوى من علة الخصم لشهادة قول علي رضي الله عنه بصحة ماقلنا **قوله** الحديث منسوخ كشطره وهو الجمع بين الجلد والرجم وليس هذا اثبات النسخ بالقياس فانه لا يجوز ولكن انتساخ احد شطريه دليل بعدمه على آية الجلد فنسخ الحديث بشطريه بآية الجلد ثم انتسخت قضية الآية في حق المسلم المحصن بحديث ماعز فاستقرت الشريعة **قوله** وقد عرف طريقه في موضعه وهو ما ذكر في حديث العرنيين فان قوله عليه السلام استنزهوا البول يعارضه امره عليه الصلوة والسلام للعرنيين بشرب ابوال الابل رجعنا الى التاريخ وقلنا قد قام دليل سبق حديث العرنيين وهو انه تعلق به شيئان المثلة واباحة شرب البول ثم المثلة لما ثبت انها كانت في ابتداء الاسلام ثم نسخت فثبت ان اباحة الشرب صارت منسوخة بقوله استنزهوا البول لانها شطر حديث العرنيين فكذلك ههنا قد قام الدليل على تقدم الحديث على قوله تعالى الزانية والزاني الآيه وذلك ان حكم الزنا كان في ابتداء الاسلام الحبس في البيوت والايذاء باللسان بقوله تعالى فامسكوهن في البيوت وبقوله تعالى فاذوهما ثم نسخ ذلك بالحديث وهو ماروي عن النبي عليه السلام انه خرج يوما فقال قد جعل الله تعالى لهن سبيلا خذوا عني الثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة والبكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام فلو كان قوله الزانية والزاني قد نزل قبل هذا الحديث يقال عليه السلام خذوا عن الله فلما قال خذوا عني علم ان قوله الزانية والزاني لم يكن نزل ثم نسخ

قال الا أن يرى في ذلك مصلحة فيغربه على قدر ما يرى وذلك تعزير وسياسة لانه قد يفيد في بعض الاحوال فيكون الرأي فيه الى الامام وعليه يحمل النفي المروي عن بعض الصحابة رضي الله عنهم واذا زنى المريض وحده الرجم رجم لان الاتلاف مستحق فلا يمتنع بسبب المرض وان كان حده الجلد لم يجلد حتى يبرأ كيلا يفضي الى الهلاك ولهذا لا يقام القطع عند شدة الحر والبرد واذا زنت الحامل لم تحد حتى تضع حملها كيلا يؤدي الى هلاك الولد وهو نفس محترمة وان كان حدها الجلد لم تجلد حتى تتعالى من نفاسها اي ترتفع يريد به تخرج منه لان النفاس نوع مرض فيؤخر الى زمان البرء بخلاف الرجم لان التاخير لاجل الولد وقد انفصل وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يؤخر الى ان يستغني ولدها عنها اذا لم يكن احد يقوم بتربيته لان في التاخير صيانة الولد عن الضياع

بقوله الزانية والزاني الآية فاذا ثبت نسخ شطر الحديث وهو قوله عليه السلام الثيب بالثيب الحديث بقوله الزانية والزاني فكذلك الشطر الثاني ٭

قوله فيغربه على قدر ما يرى وذلك تعزير وسياسة لا حد فلا يختص بالزنا بل يجوز في كل جناية والرأي فيه الى الامام الا ترى ان النبي عليه السلام نفى هيت المخنث ونفى عمر رضي الله تعالى عنه نصر بن الحجاج وكان غلاما صبيحا يفتتن به النساء والجمال لا يوجب النفي ولكن فعل ذلك للمصلحة فانه قال ماذنبي يا امير المؤمنين فقال لا ذنب لك وانما الذنب علي حيث لا اطهر دار الهجرة عنك وتغريب النبي عليه السلام والصحابة ما كان بطريق الحد بل بطريق السياسة الا ترى ان عمر رضي الله تعالى عنه ترك ذلك فانه نفى زانيا فارتد فلحق بالروم فحلف ان لا ينفي احدا بعد ذلك فلو كان مشروعا لما حلف أن لا يقيمه

وقد روي انه عليه السلام قال للغامدية بعدما وضعت ارجعي حتى يستغني ولدك ثم الحبلى تحبس الى ان تلد ان كان الحد ثابتا بالبينة كيلا تهرب بخلاف الإقرار لان الرجوع عنه عامل فلا يفيد الحبس والله تعالى اعلم بالصواب ٭

باب الوطئ الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه

قال الوطئ الموجب للحد هو الزنا وانه في عرف الشرع واللسان وطئ الرجل المرأة في القبل في غير الملك وشبهة الملك لانه فعل محظور والحرمة على الاطلاق عند التعري عن الملك وشبهته يؤيد ذلك قوله عليه الصلوة والسلام ادرؤا الحدود بالشبهات ثم الشبهة نوعان شبهة في الفعل

قوله وقد روي انه عليه السلام قال للغامدية ارجعي حتى يستغني ولدك فقالت اني اخاف ان اموت قبل ان احد فقال رجل انا اقوم بتربية ولدها فامر رسول الله عليه السلام برجمها فدل ان الحكم هو التأخير عن هذا الزمان اذا لم يكن لولدها مرب كذا في مبسوط فخر الاسلام رحمه الله والله اعلم بالصواب ٭

باب الوطئ الذي يوجب الحد

قوله وطئ الرجل المرأة في القبل في غير الملك وشبهة الملك فان قيل المرأة تحد حد الزنا ولا يصدق الحد على فعلها انه زنى بدليل اقامة الحد عليها وكذا يحد قاذفها قلنا ذاك داخل بطريق التبعية بسبب التمكين طوعا فلما تحقق المحدود بتمكينها ثبت في حقها ايضا فلهذا اضيف اليها و وجب الحد عليها ايضا تبعا للرجل دل عليه انه اذا امتنع في حق الرجل بان مكنت البالغة العاقلة صبيا او مجنونا لا يجب عليها الحد ايضا عند علمائنا الثلثة رح لعدم التمكين من فعل هو زنا لان فعل

وتسمى شبهة اشتباه وشبهة في المحل وتسمى شبهة حكمية فالاولى تتحقق في حق من اشتبه عليه لان معناه ان يظن غير الدليل دليلا ولا بد من الظن لتحقق الاشتباه والثانية تتحقق بقيام الدليل النافي للحرمة في ذاته ولايتوقف على ظن الجاني واعتقاده فالحد يسقط بالنوعين لاطلاق الحديث والنسب يثبت في الثانية اذا ادعى الولد ولا يثبت في الاولى وان ادعاه لان الفعل تمحض زنا في الاولى وان سقط الحد لامر راجع اليه وهو اشتباه الامر عليه ولم يتمحض في الثانية فشبهة الفعل في ثمانية مواضع جارية ابيه وامه وزوجته والمطلقة ثلثا وهي في العدة

الصبي والمجنون لا يوصف بالزنا فلم يتحقق الزنا بتمكينها فلم يجب عليها والبالغ العاقل اذا زنى بصبية او مجنونة حد دونها لتحقق الزنا من الرجل ولا حد عليها وان مكنت من الزنا لانها غير مخاطبة.

قوله وتسمى شبهة اشتباه اي هي شبهة في حق من اشتبه عليه وليست بشبهة في حق من لم يشتبه عليه حتى لو قال علمت انها علي حرام حد **قوله** وتسمى شبهة حكمية اي ناشية عن دليل الشرع **قوله** لان معناه ان يظن غير الدليل دليلا كما اذا ظن ان جارية زوجته تحل له بناء على ان الوطئ نوع استخدام والاستخدام يحل فكذا الوطئ **قوله** والثانية تتحقق اي يكون شبهة في حق الكل **قوله** لاطلاق الحديث وهو قوله عليه السلام ادرؤا الحدود بالشبهات **قوله** جارية ابيه وكذا جارية جده وان علا **قوله** والمطلقه ثلثا وهي في العدة لان بعض احكام النكاح قائم بعد الطلاق الثلث من النفقة والسكنى وحرمة نكاح الاخت وثبوت النسب لو جاءت بولد الى سنتين فان قيل بين الناس اختلاف ان من طلق امرأته ثلثا هل يقع ام لا فينبغي ان يصير ذلك شبهة في اسقاط الحد قلنا هذا خلاف

وبائنا بالطلاق على مال وهي في العدة وام ولد اعتقها مولاها وهي في العدة وجارية المولى في حق العبد والجارية المرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الحدود ففي هذه المواضع لا حد اذا قال ظننت انها تحل لي ولو قال علمت انها علي حرام وجب الحد. والشبهة في المحل في ستة مواضع جارية ابنه والمطلقة طلاقا بائنا بالكنايات والجارية المبيعة في حق البائع قبل التسليم والممهورة في حق الزوج قبل القبض والمشتركة بينه وبين غيره والمرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الرهن ففي هذه المواضع لا يجب الحد وان قال علمت انها علي حرام ثم الشبهة عند ابي حنيفة رحمه الله تثبت بالعقد وان كان متفقا على تحريمه وهو عالم به وعند الباقين لا تثبت اذا علم بتحريمه ويظهر ذلك في نكاح المحارم على ما يأتيك ان شاء الله تعالى اذا عرفنا هذا فال ومن طلق امرأته ثلثا ثم وطئها في العدة وقال علمت انها علي حرام حد لزوال الملك المحلل من كل وجه فتكون الشبهة منتفية وقد نطق الكتاب بانتفاء الحل وعلى ذلك الاجماع

غير معتد به حتى لا يسع للقاضي ان يقضي به ولو قضى لا ينفذ ارأيت لو وطئها بعد العدة اكنا نسقط الحد عنه بقول من يقول لا يقع *

قوله وبائنا بالطلاق على مال وانما قيد البينونة بالمال لان البينونة اذا حصلت بدون المال فوطئها في العدة فلا حد عليه وان قال علمت انها علي حرام **قوله** والجارية المرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الحد ولان الثابت له يد الاستيفاء والاستيفاء من عينها لا يتصور وانما يتصور من ماليتها فلم يصادف الوطي محل الاستيفاء فلم تثبت شبهة المحل قياسا على الاجارة فان عقد الاجارة لما لم يفد ملك المنفعة بمحال لم يورث قيام الاجارة في المحل شبهة حكمية فعلى هذا كان ينبغي ان يجب عليه الحد اشتبه او لم يشتبه كما في الجارية المستأجرة الا انه لا يجب عليه الحد اذا اشتبه عليه لانه اشتبه عليه ما يشتبه لان ملك

ولا يعتبر قول المخالف فيه لانه خلاف لا اختلاف ولو قال ظننت انها تحل لي لا يحد لان الظن في موضعه لان اثر الملك قائم في حق النسب والحبس والنفقة فاعتبر ظنه في اسقاط الحد وام الولد اذا اعتقها مولاها والمختلعة والمطلقة على مال بمنزلة المطلقة الثلث لثبوت الحرمة بالاجماع وقيام بعض الآثار في العدة ولو قال لها انت خلية او برية او امرك بيدك فاختارت نفسها ثم وطئها في العدة وقال علمت انها علي حرام لم يحد لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم فيه فمن مذهب عمر رضي الله عنه انها تطليقة رجعية وكذا الجواب في سائر الكنايات

المال في الجملة سبب لملك المتعة ان لم يكن سببا في الرهن وقد انعقد له سبب الملك في حق المال فيشتبه عليه انه هل يثبت بهذا القدر ملك المتعة بخلاف الاجارة لان الثابت بالاجارة ملك المنفعة ولا يتصور ان يكون ذلك سبب ملك المتعة بحال فقد اشتبه عليه ما لا يشتبه ووجه رواية كتاب الرهن انه اذا وطئ جارية انعقد له فيها سبب الملك فلا يجب عليه الحد اشتبه او لم يشتبه قياسا على ما وطئ امة اشتراها على ان البائع بالخيار وانما قلنا انعقد له فيها سبب الملك لانه بالهلاك يصير مستوفيا حقه من وقت الرهن واذا كان كذلك فقد انعقد له سبب الملك في الحال ويأخذ حقيقة الملك وقت الهلاك والجواب عن هذا ان البيع بخيار الشرط انما يفيد له الملك حال قيام الجارية وملك المال حال قيام الجارية سبب لملك المتعة فقد انعقد له سبب ملك المتعة وههنا انما يملك مالية المرهون عند الهلاك وملك المال بعد الهلاك لا يفيد له سبب ملك المتعة بحال من الاحوال فكان بمنزلة ملك المنفعة كذا في الذخيرة وذكر في الايضاح واما المرهونة اذا وطئها المرتهن وقال ظننت انها تحل لي فقد ذكر في كتاب الرهن انه لا يجب عليه الحد وذكر في كتاب الحدود انه يحد ولا يعتبر ظنه لان الاستيفاء من عينها لا يتصور وانما يتصور من معناها فلم يكن الوطئ حاصلا في محل الاستيفاء فلم تثبت الشبهة للفعل وصار كالغريم اذا وطئ جارية الميت *

قوله ولا يعتبر قول المخالف فيه وهو قول الروافض فعند الزيدية بايقاع الثلث جملة تقع

ولايحد قاذفه الافي رواية عن ابي يوسف رحمه الله لان الملك منعدم حقيقة ومن وجد امرأة على فراشه فوطئها فعليه الحد لانه لااشتباه بعد طول الصحبة فلم يكن الظن مستندا الى دليل وهذا لانه قدينام على فراشها غيرها من المحارم التي في بيتها وكذا اذا كان اعمى لانه يمكنه التمييز بالسؤال وغيره الا اذا دعاها فاجابته اجنبية وقالت انازوجتك فواقعها لان الاخبار دليل ومن تزوج امرأة لايحل له نكاحها فوطئها لايجب عليه الحد عند ابي حنيفة رحمه الله لكن يوجع عقوبة اذا كان علم بذلك وقال ابويوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله عليه الحد اذا كان عالما بذلك لانه عقد لم يصادف محله فيلغو كما اذا اضيف الى الذكور وهذا لان محل التصرف مايكون محلا لحكمه وحكمه الحل وهي من المحرمات ولابي حنيفة رحمه الله ان العقد صادف محله لان محل التصرف مايقبل مقصوده والانثى من بنات آدم قابلة للتوالد وهو المقصود وكان ينبغي ان ينعقد في جميع الاحكام الا انه تقاعد عن افادة حقيقة الحل فيورث الشبهة لان الشبهة مايشبه الثابت لانفس الثابت الا انه ارتكب جريمة وليس فيها حد مقدر فيعزر

قوله ولايحد قاذفه الافي رواية عن ابي يوسف رحمه الله تعالى فان احصانه لا يسقط عنده لانه بني الحكم على الظاهر فقد كان هذا الوطئ حلالا له في الظاهر فلايسقط احصانه ولكنا نقول لما تبين الامر بخلاف الظاهر انما بقي اعتبار الظاهر في ايراث الشبهة وبالشبهة يسقط الحدولكن لا يقام الحد كذا في المبسوط **قوله** وهذا لانه قدينام على فراشها غيرها من المحارم اي لا يصلح مجرد النوم على فراشه دليلا شرعيا فكان مقصرا فيجب الحد **قوله** فاجابته اجنبية وقالت انا زوجتك ولو لم يقل انا زوجتك لكن اجابته بالفعل يحد كذا في الايضاح **قوله** وقال ابويوسف

ومن وطئ اجنبية فيما دون الفرج يعزر لانه منكر ليس فيه شئ مقدر

ومن اتى امرأة في الموضع المكروه اوعمل عمل قوم لوط فلا حد عليه عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى ويعزر وزاد في الجامع الصغير ويودع في السجن وقالا هو كالزنا فيحد وهو احد قولي الشافعي رحمه الله وقال في قول يقتلان بكل حال لقوله عليه السلام اقتلوا الفاعل والمفعول ويروى فارجموا الاعلى والاسفل ولهما انه في معنى الزنا لانه قضاء الشهوة في محل مشتهى على سبيل الكمال على وجه تمحض حراما لقصد سفح الماء وله انه ليس بزنا لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم في موجبه من الاحراق بالنار وهدم الجدار والتنكيس من مكان مرتفع باتباع الاحجار وغير ذلك ولا هو في معنى الزنا لانه ليس فيه اضاعة الولد واشتباه الانساب وكذا هو

ومحمد والشافعي رحمهم الله عليه الحد اذا كان عالما بذلك اي عالما بالحرمة وان قال ظننت انها تحل لي لا يحد عندهما ايضا *

قوله ومن وطئ اجنبية فيما دون الفرج كالتفخيذ والتبطين **قوله** ومن اتى امرأة في الموضع المكروه فلا حد عليه عند ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه وفي روضة الامام الزندويسي رحمه الله تعالى الخلاف في الغلام اما لو وطئ امرأة في الموضع المكروه منها يحد بلا خلاف والاصح ان الكل على الخلاف نص عليه في الزيادات ولو فعل هذا بعبده او امته او منكوحته لا يحد بلا خلاف **قوله** وقالا هو كالزنا فيحد اي يرجمان ان كانا محصنين ويجلد ان ان كانا غير محصنين **قوله** لهما انه في معنى الزنا اي في المعنى الذي تعلق به الحد من كل وجه فيحد دلالة وهذا لان الحد انما وجب ثمه لانه قضاء الشهوة بسفح الماء في محل مشتهى على سبيل الكمال على وجه تمحض حراما وهي مثله في هذا بل ازيد فسفح الماء هنا ابلغ لانه يتوهم ان يكون

اند روقوعالا نعدام الداعي من احد الجانبين والداعي الى الزنا من الجانبين

ذلك حرثا لولد يعبد ربه ولا يتوهم ههنا فكان تضييع الماء هنا ابين والمحل انما يصير مشتهى طبعا بالحرارة واللين وانه مثل القبل في هذا وتمحض الحرمة هنا ابين لان تلك الحرمة تنكشف بكاشف كالنكاح والشراء ولا كذلك هنا وله انه ليس بزنا لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم في موجبه فعن الصديق رضي الله عنه يحرقان بالنار وعن علي رضي الله عنه يجلدان ان كانا غير محصنين ويرجمان ان كانا محصنين وعن ابن عباس رضي الله عنه ينكسان من اعلى المواضع ويتبعان بالحجارة وعن ابن الزبير رض يحبسان في انتن المواضع حتى يموتا نتنا وعن بعضهم يهدم عليهما الجدار ولا يظن بهم الاجتهاد في موضع النص فكان هذا اتفاقا على انها ليست بزنا ولا يمكن ايجاب حد الزنا بغير الزنا ولا يمكن الحاقها بالزنا بالدلالة لانها قصرت عنه في المعاني الداعية الى شرع الحد فلا يوجب الحد وهذا لان الحدود شرعت للزجر فلابد من وجود الداعي طبعا ليبعثه على الفعل فيشرع الحد زجرا الا ترى ان الحد شرع في شرب الخمر دون البول وان استويا حرمة لتباينهما داعيا فالرغبة في الزنا من الجانبين فيكثر وقوعه فيستدعي شرع الزاجر والرغبة هنا من جانب الفاعل فاما صاحبه ينبو عن هذا الفعل على ما عليه الجبلة السليمة فيندر وقوعها فلا يستدعي شرع الزاجر وفي الزنا افساد الفراش واهلاك الولد لان ولد الزنا هالك حكما لعدم من يربيه دونها فتقاصرت عنه في المعاني الداعية الى شرع الزاجر فلا يلحق به خصوصا فيما يدرأ بالشبهات ولا يجوز جبر هذا القصور بزيادة الحرمة لان ذا يكون قياسا ولا مدخل له في الحدود فان قيل انما وجب حد الزنا بها لانها زنا ففي الحديث اذا اتى الرجل الرجل فهما زانيان ولانه فاحشة وهي فاحشة ايضا لقوله تعالى ولا تقربوا الزنا انه كان فاحشة وقوله تعالى اتأتون الفاحشة فكانت زنا قلنا هي ليست بزنا حقيقة

وما رواه محمول على السياسة او على المستحل الا انه يعزر عنده لما بيناه ومن وطي بهيمة فلا حد عليه لانه ليس في معنى الزنا في كونه جناية وفي وجود الداعي لان الطبع السليم ينفر عنه والحامل عليه نهاية السفه او فرط الشبق ولهذا لا يجب ستره الا انه يعزر لما بيناه والذي يروى انه تذبح البهيمة وتحرق فذلك لقطع التحدث به وليس بواجب ومن زنى في دار الحرب او في دار البغي

لانه ينفي عنه هذا الاسم فيقال لاط وما زنى واتفقت الصحابة رضي الله عنهم انها ليست بزنا لانهم عرفوا نص الزنا واختلفوا في موجبها *

قوله وما رواه اي الشافعي رحمه الله محمول على السياسة لانه امر بالقتل المطلق وذا يكون سياسة او على المستحل فانه يصير مرتدا فيقتل لذلك **قوله** الا انه يعزر عنده لما بيناه وابو حنيفة رحمه الله يوجب التعزير عينا لانه ارتكب محظورا وانه ليس بزنا عنده فيجب التعزير عينا وللامام ان يقتله اذا اعتاد الفاعل او المفعول به ذلك **قوله** ولهذا لايجب ستره اي ستر فرج البهيمة وذكر البهيمة بمنزلة ذكره ولهذا اضمر ولو كان في الطبع داع اليه لوجب ستر ذلك الموضع كالقبل والدبر **قوله** الا انه يعزر لما بيناه اشارة الى قوله ارتكب جريمة ليس فيها حد مقدر فيعزر **قوله** والذي يروى انه تذبح البهيمة روي عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه انه اتى برجل اتى بهيمة فامر بالبهيمة فذبحت واحرقت بالنار وهذا ليس بواجب عندنا وتأويله انه فعل كذلك كيلا يعير الرجل بها اذا كانت البهيمة باقية كذا في المبسوط ثم ان كانت الدابة مما لا يؤكل تذبح ثم تحرق لما روي عن علي رضي الله عنه ولا تحرق قبل الذبح وضمن الفاعل قيمة الدابة ان كانت لغيره لانها قتلت لأجله وان كانت مما يؤكل تذبح فتؤكل عند ابي حنيفة رحمه الله ولا تحرق بالنار وعند ابي يوسف رحمة الله تعالى عليه تحرق ويضمن ان كانت لغيره

ثم خرج الينا لا يقام عليه الحد وعند الشافعي رحمه الله يحد لانه التزم باسلامه احكامه اينما كان مقامه ولنا قوله عليه السلام لا تقام الحدود في دار الحرب ولان المقصود هو الانزجار وولاية الامام منقطعة فيهما فيعرى الوجوب عن الفائدة ولا تقام بعد ما خرج لانها لم تنعقد موجبة فلا تنقلب موجبة ولو غزا من له ولاية الاقامة بنفسه كالخليفة وامير مصر يقيم الحد على من زنى في معسكره لانه تحت يده بخلاف امير العسكر والسرية لانه لم تفوض اليهما الاقامة واذا دخل حربي دارنا بامان فزنى بذمية او زنى ذمي بحربية يحد الذمي والذمية عند ابي حنيفة رح ولا يحد الحربي والحربية وهو قول محمد رحمه الله في الذمي يعني اذا زني بحربية فاما اذا زنى الحربي بذمية لا يحدان عند محمد رحمه الله وهو قول ابي يوسف رحمه الله اولا وقال ابو يوسف رحمه الله

قوله ثم خرج الينا واقرعند الامام **قوله** ولنا قوله عليه الصلوة والسلام لا تقام الحدود في دار الحرب اي لا يجب لانه بعث لبيان الشرائع لا لبيان الحقائق ولان كل واحد يعرف انه لا يمكن اقامة الحدود في دار الحرب لانقطاع ولاية الامام عنها فكان المراد من عدم الاقامة عدم وجوب الحد فان قيل هذا الحديث معارض بقوله تعالى فاجلدوا فلا يقبل قلنا خص موضع الشبهة من ذلك فبعد ذلك يجوز تخصيصه بخبر الواحد **قوله** واذا دخل حربي دارنا بامان فزنى بذمية اوزنى ذمي بحربية الخ الخلاف هنا في موضعين احدهما ان الحربي المستأمن اوالحربية المستأمنة اذا زنيا لم يحدا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند ابي يوسف رحمه الله حدا والثاني ان تمكين المسلمة اوالذمية من المستأمن يوجب الحد عليها عند ابي حنيفة رحمه الله وعند محمد رحمه الله لا يوجب اما الكلام في الاول فالاصل عند ابي يوسف رحمه الله ان كل الحدود تقام على المستأمن والمستأمنة في دارنا الا حد الشرب وعندهما لا تقام

يحدون كلهم وهو قوله الآخر لابي يوسف رحمه الله ان المستأمن التزم احكامنا مدة مقامه في دارنا في المعاملات كما ان الذمي التزمها مدة عمره ولهذا يحد حد القذف ويقتل قصاصا بخلاف حد الشرب لانه يعتقد اباحته ولهما انه ما دخل للقرار بل لحاجة كالتجارة ونحوها فلم يصر من اهل دارنا ولهذا يمكن من الرجوع الى دار الحرب ولا يقتل المسلم ولا الذمي به فانما يلتزم من الحكم ما يرجع الى تحصيل مقصوده وهو حقوق العباد لانه لما طمع في الانصاف يلتزم الانتصاف والقصاص وحد القذف من حقوقهم اما حد الزنا فمحض الشرع ولمحمد رحمه الله وهو الفرق ان الاصل في باب الزنا فعل الرجل والمرأة تابعة له على ما نذكره ان شاء الله تعالى فامتناع الحد في حق الاصل يوجب امتناعه في حق التبع اما الامتناع في حق التبع لا يوجب الامتناع في حق الاصل نظيره اذا زنى البالغ بصبية او مجنونة وتمكين البالغة من الصبي والمجنون ولابي حنيفة رحمه الله فيه ان فعل المستأمن زنا

على المستامن شيء من الحدود الا حد القذف لان الاقامة تبتني على الولاية والولاية تبتني على الالتزام اذ لو الزمنا عليه حكما بلا التزامه لادى الى تنفره من دارنا وقد ندبنا الى معاملة يحمله الى ذلك على الدخول في دارنا ليرى محاسن الاسلام فيسلم واما في الثاني فالاصل ان الحد متى لم يجب على المرأة اصلا او تعذر استيفاؤه لم يؤثر في حق الرجل اجماعا فاما اذا لم ينعقد فعل الرجل موجبا لم يجب عليها وان كان لا مانع منها وان كان فعله موجبا ولكن بطل الحد لمعنى لا يمنع وجوب الحد عليها عند ابي حنيفة رحمه الله وعند محمد رحمه الله يمنع لان فعل الرجل اصل وفعل المرأة تبع لانه الفاعل وهي محل الفعل والمحال في حكم الشروط فامتناع الحد في حق الاصل يوجب امتناعه في حق التبع لان الحد انما يجب عليها بالتمكين من فعل موجب للحد ومتى لم ينعقد فعله موجبا للحد فما مكنت من فعل موجب للحد فلا تحد واما الامتناع في

لانه مخاطب بالحرمات على ما هو الصحيح وان لم يكن مخاطبا بالشرائع

حق التبع لايوجب امتناعه في حق الاصل نظيره زنى عاقل بالغ بصبية اومجنونة فانه يحد البالغ لكونه اصلا وزنى صبي اومجنون ببالغة عاقلة فانها لاتحد لكونها تابعة ولابي حنيفة رحمه الله ان فعل المستأمن زنا بدليل انه لوقذفه قاذف بعد الاسلام لايلزمه الحد فصارت هي زانية بالتمكين من الزنا بخلاف الصبي والمجنون فان فعلهما ليس بزنا شرعا حتى لو قذفهما قاذف بذلك الفعل بعد البلوغ والعقل يجب عليه الحد وهذا لانه مخاطب بالحرمات وان لم يخاطب باداء مايحتمل السقوط من العبادات الاترى ان الذمي يلزمه الحد ولايجب قبل الخطاب فثبت ان الكفر لايمنع من الخطاب بالحرمات وانما لم يقم عليه الحد لفقد شرط الولاية وهوالالتزام لالخلل في فعله فصار كانه زنى ثم غاب والمرأة تابعة في نفس الفعل دون حكم الفعل الاترى ان الرجل اذا لم يكن محصنا والمرأة محصنة يجلد الرجل ويرجم المرأة ولايصير ذلك شبهة في حقها بخلاف الصبي والمجنون لانهما لا يخاطبان فلم يكن فعلهما زنا ٭

قوله لانه مخاطب بالحرمات على ما هوالصحيح وان لم يكن مخاطبا بالشرائع اسم الحرمات يتناول المناهي نحو قوله تعالى ولاتقربوا الزنا وقوله ولاتأكلوا اموالكم بينكم بالباطل ويتناول ترك الاوامر من نحو ترك الايمان والصلوة والصوم فان الكفار مخاطبون بالعبادات من حيث الترك ولهذا يعاقب بترك الصلوة قال الله تعالى ماسلككم في سقر قالوا لم نك من المصلين الآيه قيل في التفسير من المسلمين المعتقدين فرضية الصلوة وقال تعالى وويل للمشركين الذين لايؤتون الزكوة اي لايقرون بها وهذا معنى قولنا ان الخطاب يتناولهم فيما يرجع الى العقوبة في الآخرة فامافي وجوب

على اصلنا والتمكين من فعل هو زنا موجب للحد عليها بخلاف الصبي والمجنون لانهما لايخاطبان ونظير هذا الاختلاف اذا زنى المكره بالمطاوعة تحد المطاوعة عنده وعند محمد رحمة الله تعالى عليه لا تحد

الاداء فلايعاقبون في احكام الدنيا مذهب العراقيين من مشايخنا ان الخطاب متناول لهم ايضا والاداء واجب عليهم فانهم لايعاقبون على ترك الاداء اذا لم يكن الاداء واجبا عليهم فظاهر ما تلونا يدل على انهم يعاقبون في الآخرة على الامتناع من الاداء في الدنيا ولان الكفر رأس المعاصي فلايصلح سببا لاستحقاق التخفيف به ومعلوم ان سبب الوجوب متقرر في حقهم وشرط وجوب الاداء التمكن منه وذلك غير منعدم في حقهم وصلاحية الذمة لثبوت الواجب فيها بسببه موجود في حقهم فلوسقط الخطاب بالاداء كان ذلك تخفيفا والكفر لا يصلح سببا لذلك ولا معنى لقول من يقول ان التمكن من الاداء على هذه الصفة لايتحقق حتى لوادى لم يكن معتدابه لانه متمكن من الاداء بشرط ان يقدم الايمان والخطاب به ثابت في حقه فهو نظير الجنب والمحدث يتمكن من اداء الصلوة بشرط الطهارة وهو مطالب بذلك فيكون متمكنا من اداء الصلوة ويتوجه عليه الخطاب بادائها مع انعدام التمكن من الاداء باصراره على الكفر وهو جان في ذلك فيجعل التمكن قائما حكما اذا كان انعدامه بسبب جنايته الاترى ان زوال التمكن بسبب السكر لا يسقط الخطاب وكذلك انعدام التمكن بسبب الجهل اذا كان عن تقصير منه لا يسقط الخطاب باداء العبادات فسبب الكفر اولى ومشايخ ديارنا يقولون انهم لا يخاطبون باداء مايحتمل السقوط من العبادات *

قوله على اصلنا اشارة الى قول بعض اصحابنا ان الكفار غير مخاطبين بالشرائع عندنا وعند الشافعي رح مخاطبون بها بناء على ان الشرائع عنده من نفس الايمان وهم

واذا زنى الصبي او المجنون بامرأة طاوعته فلاحد عليه ولا عليها وقال زفر والشافعي رحمهما الله تعالى يجب الحد عليها وهو رواية عن ابي يوسف رحمة الله تعالى عليه وان زنى صحيح بمجنونة او صغيرة يجامع مثلها حد الرجل خاصة وهذا بالاجماع لهما ان العذر من جانبها لا يوجب سقوط الحد من جانبه فكذا العذر من جانبه وهذا لان كلا منهما مؤاخذ بفعله ولنا ان فعل الزنا يتحقق منه وانما هي محل الفعل ولهذا يسمى هو واطئا وزانيا والمرأة موطوءة ومزنيا بها الا انها سميت زانية مجازا تسمية للمفعول باسم الفاعل كالراضية بمعنى المرضية او لكونها مسببة بالتمكين فتعلق الحد في حقها بالتمكين من قبيح الزنا وهو فعل من هو مخاطب بالكف عنه مؤثم على مباشرته وفعل الصبي ليس بهذه الصفة فلا يناط به الحد ٭

قال ومن اكرهه السلطان حتى زنى فلا يحد عليه وكان ابوحنيفة رحمه الله يقول اولا يحد وهو قول زفر رحمه الله لان الزنا لا يتصور من الرجل الا بعد انتشار الآلة وذلك آية الطواعية ثم رجع عنه فقال لا حد عليه لان الانتشار قد يكون طبعا لا طوعا كما في النائم فاورث شبهة

مخاطبون بالايمان فيخاطبون بالشرائع وعندنا الشرائع ليست من نفس الايمان وهم وان كانوا مخاطبين بالايمان فلا يخاطبون بالشرائع ٭

قوله وفعل الصبي ليس بهذه الصفة فلم يكن المرأة مزنيا بها كالمضروب والمقتول انما يتصف بهذا الوصف اذا كان الفعل الواقع عليه ضربا وقتلا وفعل الصبي والمجنون لا يكون زنا ولا يكون موصوفا بالحرمة وان كانا ممنوعين عن ذلك كيلا يتخلقا بذلك لان الحرمة انما تثبت بالنهي ولا نهي في حقهما فثبتت في حق المرأة شبهة الاباحة وان كان حراما والحد يدرأ بالشبهات وان كان الرجل بالغا عاقلا ففعله يكون زنا والمرأة وان كانت مجنونة او صبية يكون مزنيا بها لوقوع فعل الزنا عليها وان لم تكن معاقبة بعد ان يكون المحل صالحا لوقوع فعل الزنا فيه

وان اكرهه غير السلطان حد عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يحد لان الاكراه عندهما قد يتحقق من غير السلطان لان المؤثر خوف الهلاك وانه يتحقق من غيره وله ان الاكراه من غيره لا يدوم الا نادرا لتمكنه من الاستعانة بالسلطان او بجماعة المسلمين ويمكنه دفعه بنفسه بالسلاح والنادر لا حكم له فلا يسقط به الحد بخلاف السلطان لانه لا يمكنه الاستعانة بغيره ولا الخروج بالسلاح عليه ومن اقر اربع مرات في مجالس مختلفة انه زنى بفلانة وقالت هي تزوجني او اقرت بالزنا وقال الرجل تزوجتها فلا حد عليه وعليه المهر في ذلك لان دعوى النكاح تحتمل الصدق وهو يقوم بالطرفين فاورث شبهة واذا سقط الحد وجب المهر تعظيما لخطر البضع ومن زنى بجارية فقتلها فانه يحد وعليه القيمة معناه قتلها بفعل الزنا لانه جنى جنايتين فيوفر على كل واحد منهما حكمه وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يحد لان تقرر ضمان القيمة سبب لملك الامة فصار كما اذا اشتراها بعد ما زنى بها وهو على هذا الاختلاف واعتراض سبب الملك قبل اقامة الحد يوجب سقوطه كما اذا ملك المسروق قبل القطع ولهما انه ضمان قتل فلا يوجب الملك

قوله وان اكرهه غير السلطان حد عند ابي حنيفة رحمه الله قالوا هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان فللسلطان كان في زمنه قوة وغلبة بحيث لا يتجاسر احد على اكراه غيره وفي زمانهما ظهرت القوة ايضا لكل متغلب فيتحقق الاكراه من غير السلطان فافتى كل منهم بما عاين وفي زماننا ظهرت القوة ايضا لكل متغلب فيفتى بقولهما **قوله** وعليه المهر في ذلك فان قيل ينبغي ان لا يجب المهر فيما اذا اقرت المرأة بالزنا لانها تنفي وجوب المهر فكيف وجب لها المهر بزعمها انها زانية ولا عقر لها قلنا اذا سقط الحد بدعوى النكاح من الرجل وجب العقر وبطل زعمها لان المهر حق الله تعالى في ابتداء النكاح بدليل وجوب المهر في المفوضة فاذا توهم النكاح وسقط الحد وجب العقر تعظيما لخطر المحل

لا نه ضمان دم ولو كان يوجبه فا نما يوجبه فی العين كمافي هبة المسروق لافي منافع البضع لانها استوفيت وا لملك يثبت مستند ا فلا يظهر فی المستو فی لكونها معدومة وهذا بخلاف ما اذا زنی بها فا ذهب عينها تجب عليه قيمتها و يسقط الحد لان الملك هنا لك يثبت فی الجثة العمياء وهي عين فاورث شبهة ٥

قال وكل شيء صنعه الامام الذي ليس فوقه امام فلا حد عليه الا القصاص فانه يؤخذ به وبالاموال لان الحدود حق الله تعالیٰ واقامتها اليه لا الی غيره

قوله لانه ضمان دم وهذا لان ضمان الدم انما يجب من حيث انه آدمي لا من حيث انه مال فلايكون سببا للملك ولان القيمة انما تجب بعد تقرر الجناية بعد الموت وبعد الموت لم يبق الميت قابلا للتملك ولو كان يوجبه فانما يوجبه فی العين لا في منافع البضع لا نها استوفت والملك يثبت مستند افلايظهر فی المستوفی لكونهامعدومة بخلاف ما اذا اذهب عينها بالزنا حيث تجب عليها قيمتها ويسقط الحد لان الملك هنا لك ثبت فی ا لجثة العمياء وهو عين فاورث شبهة دارئة للحد اذا العين با قية فامكن ابقاء ا لمنا فع تبعا لها بخلاف ما اذا هلكت فان الملك فی الجارية المقتولة ضروري ليصير الضمان ضمان معاوضة مع فوات المحل من وقت تحقق سبب الضمان فلايظهر فی المنافع المستوفا ة ولان فی الجارية المقتولة بالزنا وجد الموجب للملك فی الجا رية وهوا لضمان لا وجود الملك فيها حقيقة لعدم تصوره فلم يثبت فی الجارية المقتولة بذلك الا شبهة الملك وعند حقيقة الملك فی الجا رية ا لعمياء يثبت فی ا لمنافع ا لمستوفا ة منها شبهة ا لملک فعند شبهة الملک في نفس ا لجارية المقتولة تنزل الشبهة فی ا لمنفعة ا لی شبهة ا لشبهة والشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها

ولا يمكنه ان يقيمه على نفسه لانه لا يفيد بخلاف حقوق العباد لانه يستوفيه ولي الحق اما بتمكينه او بالاستعانة بمنعة المسلمين والقصاص والاموال منها واما احد القذف قالوا المغلب فيه حق الشرع فحكمه حكم سائر الحدود التي هي حق الله تعالى والله تعالى اعلم بالصواب •

باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها

واذا شهد الشهود بحد متقادم لم يمنعهم عن اقامته بعدهم عن الامام لم تقبل شهادتهم الا في حد القذف خاصة وفي الجامع الصغير واذا شهد عليه الشهود بسرقة او بشرب خمر و بزنا بعد حين لم يؤخذ به وضمن السرقة والاصل ان الحدود الخالصة حق الله تعالى تبطل بالتقادم

قوله ولا يمكنه ان يقيمه على نفسه لانه لا يفيد لان فائدة الاقامة الزجر والزجر باقامة الغير لا بفعل نفسه ولان اقامته بطريق الخزي والنكال ولا يفعل احد ذلك بنفسه او يقول ان الشرع ما جعل من عليه تابعا منه فانعدم المستوفي فقلنا بانه لا يجب

قوله والقصاص والاموال منها اي من حقوق العباد فبهذا يعلم ان اشتراط قضاء القاضي في القصاص لتمكين الولي من استيفائه لا انه شرط لا يجوز بدونه والله تعالى اعلم بالصواب •

باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها

قوله لم يمنعهم عن اقامته بعدهم عن الامام هذا من صورة المسئلة لا من حكمها اي شهدوا بحد متقادم ولم يكونوا بعيدا عن الامام حتى لو كانوا بعيدا عن الامام فمنعهم عن اداء الشهادة بعدهم ثم شهدوا يقبل وان تقادم الزمان وانما اعاد لفظ الجامع الصغير في الكتاب لزيادة ايضاح في لفظه وهي تعديد ما يوجب الحد صريحا بالسرقة وشرب الخمر والزنا وزيادة لفظ الحين الذي استفاد منه بعض المشايخ تقدرسنة

خلافا للشافعي رحمه الله تعالى هو يعتبرها بحقوق العباد وبالاقرار الذي هو احدى الحجتين ولنا ان الشاهد مخير بين الحسبتين من اداء الشهادة والستر فالتاخير ان كان لاختيار الستر فالاقدام على الاداء بعد ذلك لضغينة هيجته اولعداوة حركته فيتهم فيها وان كان التاخير لا للستر يصير فاسقا آثما فتيقنا بالمانع بخلاف الاقرار لان الانسان لايعادي نفسه فحد الزنا وشرب الخمر والسرقة خالص حق الله تعالى حتى يصح الرجوع عنها بعد الاقرار فيكون التقادم فيه مانعا وحد القذف فيه حق العبد لما فيه من دفع العار عنه ولهذا لايصح رجوعه بعد الاقرار والتقادم غير مانع في حقوق العباد ولان الدعوى فيه شرط فيحمل تاخيرهم على انعدام الدعوى فلا يوجب تفسيقهم ٭

اشهر في التقادم وزيادة اثبات الضمان في السرقة ثم ذكر في المبسوط لم احد بشهادتهم المشهود عليه ولا احدهم ايضا اي حد القذف في الشهادة بالزنا لان عددهم متكامل والاهلية للشهادة موجودة وذلك يمنع ان يكون كلامهم قذفا ٭

قوله خلافا للشافعي رحمه الله هو يعتبر الشهادة في الحدود بالاقرار في ان التقادم لا يمنع فيه وزفر رحمه الله فيه يعتبر الاقرار بالشهادة في ان التقادم يمنع من قبولها وفي المبسوط وان اقر بزنا قديم اربع مرات اقيم عليه الحد عندنا وقال زفر رحمه الله لايقام اعتبارا لحجة الاقرار بحجة البينة فان الشهود كما ندبوا الى الستر فالمرتكب للفاحشة ايضا مندوب الى الستر على نفسه قال عليه السلام من اصاب من هذه القاذورات شيئا فليستتر يستره الله تعالى ولكنا نقول آخر الحديث حيث قال ومن ابدى لنا صفحته اقمنا عليه حد الله تعالى وهذا قد ابدى صفحته باقراره وان كان قد تقادم العهد والمعنى ما ذكر في الكتاب **قوله** ولنا ان الشاهد مخير بين الحسبتين اي بين اجرين مطلوبين له يقال احتسبت بكذا اجرا عند الله والاسم الحسبة بالكسر وهي الاجر والجمع الحسب كذا في الصحاح ٭

بخلاف السرقة لان الدعوى ليس بشرط للحد لانه خالص حق الله تعالى على مامر وانما شرطت للمال ولان الحكم يدار على كون الحد حقا لله تعالى فلا يعتبر وجود التهمة في كل فرد ولان السرقة تقام على الاستسرار على غرة عن المالك فيجب على الشاهد اعلامه وبالكتمان يصير فاسقا آثما ثم التقادم كما يمنع قبول الشهادة في الابتداء يمنع الاقامة بعد القضاء عندنا خلافا لزفر رحمة الله تعالى عليه حتى لو هرب بعد ما ضرب بعض الحد ثم اخذ بعد ما تقادم الزمان لا يقام عليه الحد

قوله بخلاف السرقة لان الدعوى ليس بشرط للحد هذا جواب اشكال يرد على قوله في حد القذف لان الدعوى فيه شرط فيحمل تأخيرهم على انعدام الدعوى فلا يوجب تفسيقهم وهو ان يقال الشهادة المتقادمة على السرقة تبطل ولا صحة لها بلا دعوى فقال الدعوى لا تشترط للحد لانه خالص حق الشرع وانما شرطت للمال فكان الاشتراط فيما يرجع الى المال لا فيما يرجع الى الحد ولهذا لو شهد شاهدان على السرقة بدون الدعوى تقبل شهادتهما ويحبس السارق الى ان يجيئ المسروق منه وانما لا يقطع لاحتمال ان يكون المسروق ملكه فيتوقف على حضور المالك فاذا لم يشهدوا في الحال صاروا متهمين وفي حد القذف لا تقبل في حق الحبس لان فيه حق العبد وفي حقوق العباد لا تقبل في حق الحبس كما في القصاص ولان الشهادة بسرقة متقادمة بطلت لبطلان الدعوى اذ المدعي مخير بين ان يحتسب بدعواه اقامة الحد فيبذل ماله في ذلك لتقام الحد ويبطل عصمة ماله وبين ان يختار الستر فيدعي مطلق الاخذ صيانة لماله فاذا اخر حمل على انه اختار حسبة الستر فاذا ادعى السرقة تمكنت التهمة في دعواه الا ان التهمة تعتبر في القطع لا في المال فيقضي بالمال لا بالقطع كما لو شهد رجل وامرأتان بالسرقة **قوله** ولان الحكم يدار

لان الامضاء من القضاء في باب الحدود واختلفوا في حد التقادم واشار في الجامع الصغير الى ستة اشهر فانه قال بعد حين وهكذا اشار الطحاوي رحمة الله تعالى عليه

على كون الحد حقا لله تعالى فلايعتبر وجود التهمة في كل فرد يعني اعتبر بالتقادم تهمة فيما هو حق خالص لله تعالى وحكمه الشيء يراعى في جنسه ولايراعى في كل فرد من افراد الجنس كما قلنا في السفر والاستبراء وشرعية النكاح اذ الفرد ملحق بالجملة وفي الجملة التأخير في حقوق الله تعالى مورث للتهمة وان كان في هذا الفرد غير مورث لا جل الدعوى لكن لماكان القطع عن حقوق الله تعالى يكون التأخير مانعا من القبول الحاقا للفرد بالجملة *

قوله لان الامضاء من القضاء في باب الحدود لان القضاء اما ان يكون لاعلام من له الحق بحقه اولتمكينه من الاستيفاء وذلك لايتصور في حقوق الله تعالى وكان المعتبر في حقوق الله تعالى هو النيابة في الاستيفاء وانما يتم ذلك بحقيقة الاستيفاء فكان التقادم قبل الاستيفاء كالتقادم قبل القضاء والتقادم قبل القضاء مانع فكذا قبل الاستيفاء. وذكر في الفوائد الظهيرية والفقه فيه ان المقصود من التلفظ بلفظ القضاء اعلام المشهود له انه حقيق بالمشهود واقداره على استيفاء ما ادعاه وفي الحدود لاسبيل الى كل واحد منهما اما الاعلام فلان المشهود له في باب الحدود هو الله تعالى قال واقيموا الشهادة لله والله لا يخفى عليه خافية ونائبه القاضي وانه يستفيد العلم بالشهادة فلايمس الحاجة الى التلفظ بلفظ القضاء وكذلك الاقدار على الاستيفاء فان القاضي بدون التلفظ به قادر على الاستيفاء *

وابو حنيفة رحمة الله تعالى عليه لم يقدر في ذلك وفوضه الى رأي القاضي في كل عصر وعن محمد رحمه الله انه قدره بشهر لان مادونه عاجل وهو رواية عن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وهو الاصح وهذا اذا لم يكن بين القاضي وبينهم مسيرة شهر اما اذا كان تقبل شهادتهم لان المانع بعدهم عن الامام فلا تتحقق التهمة والتقادم في حد الشرب كذلك عند محمد رحمه الله وعندهما يقدر بزوال الرائحة على ما يأتي في بابه ان شاء الله تعالى واذا شهدوا على رجل انه زنى بفلانة وفلانة غائبة فانه يحد وان شهدوا انه سرق من فلان وهو غائب لم يقطع والفرق ان بالغيبة تنعدم الدعوى وهي شرط في السرقة دون الزنا وبالحضور يتوهم دعوى الشبهة ولا معتبر بالموهوم وان شهدوا انه زنى بامرأة لايعرفونها لم يحد لاحتمال انها امرأته اوامته بل هو الظاهر وان اقر بذلك حد

قوله وابو حنيفة رحمة الله تعالى عليه لم يقدر في ذلك وفوضه الى رأي القاضي في كل عصر لان نصب المقادير بالرأي لا يمكن وعن محمد رحمه الله انه قدره بالشهر وهكذا روي عن ابي يوسف رحمه الله فقال احسن ما سمعنا فيه الشهر وهذا لان الشهر ومافوقه آجل وما دونه عاجل اصله مسئلة اليمين اذا حلف ليقضين دين فلان عاجلا فقضاه فيما دون الشهر بر في يمينه **قوله** ولا معتبر بالموهوم لان الثابت عند الغيبة احتمال الدعوى وبحقيقة الدعوى تثبت الشبهة لان دعواها تحتمل الصدق والكذب وبالاحتمال تثبت شبهة الشبهة وهي غير معتبرة اذ اعتبارها يؤدي الى سد باب الحد وهو مفتوح فمايؤدي الى انسداده يكون مردودا ولان اعتبار الشبهة بالحديث بخلاف القياس ولا حديث في شبهة الشبهة فان قيل العفو اذا كان بين شريكين واحدهما غائب لايتمكن الحاضر من استيفائه لاحتمال العفو من الغائب قلنا العفو حقيقة المسقط فاحتماله يكون شبهة المسقط لا شبهة الشبهة

لانه لا تخفى عليه امته او امرأته وان شهد اثنان انه زنى بفلانة فاستكرهها وآخران انها طاوعته درئ الحد عنهما جميعا عند ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه وهو قول زفر رحمة الله تعالى عليه وقالا يحد الرجل خاصة لاتفاقهما على الموجب وتفرد احدهما بزيادة جناية وهو الاكراه بخلاف جانبها لان طواعيتها شرط تحقق الموجب في حقها ولم تثبت لاختلافهم وله انه اختلف المشهود عليه لان الزنا فعل واحد يقوم بهما ولان شاهدي الطواعية صارا قاذفين لها وانما يسقط الحد عنهما بشهادة شاهدي الاكراه لان زناها مكرهة يسقط احصانها فصارا خصمين

قوله لانه لا تخفى عليه امته او امرأته فان قيل قد تشتبه عليه امرأته بان لم تزف اليه قلنا الانسان كما لا يقر على نفسه كاذبا لا يقر على نفسه حال الاشتباه فلما اقر بالزنا اشتبهت شبهة كون الموطوءة زوجته وصار معنى قوله لم اعرفها اي بوجهها ونسبها ولكن علمت انها اجنبية فجعل هذا كالمنصوص عليه بدلالة حاله بخلاف الشاهد لانه جاز ان يشهد على الغير عند الاشتباه كما جاز ان يشهد على الغير كاذبا فيتهم فيها فتبطل الشهادة **قوله** اختلف المشهود عليه اي المشهود به وبيان اختلاف المشهود به ان احد الفريقين اثبت فعل المكره والفريق الآخر اثبت فعل غير المكره ولا شك بان فعل المكره يغاير فعل غير المكره او اثبت احد الفريقين كل الفعل من الرجل لانه لا فعل للمكرهة حقيقة اذ هي محل الفعل وكذا حكما لانه لا اثم والفريق الآخر اثبت الشركة منهما في الفعل ولا شك بان الفعل المشترك غير ما تفرد به الرجل وهذا لان الزنا فعل واحد يقوم بهما وقد اختلف في جانبها فيكون مختلفا في جانبه ضرورة وليس على احدهما نصاب الشهادة **قوله** ولان شاهدي الطواعية صارا قاذفين لها بالزنا فكانا خصمين في اثبات ذلك الزنا لدفع جناية القذف عن انفسهما ولا شهادة للخصم وانما اسقط

في ذلك وان شهد اثنان انه زنى بامرأة بالكوفة وآخران انه زنى بها بالبصرة درئ الحد عنهما جميعا لان المشهود به فعل الزنا وقد اختلف باختلاف المكان ولم يتم على كل واحد منهما نصاب الشهادة ولا يحد الشهود خلافا لزفر رحمه الله لشبهة الاتحاد نظرا الى اتحاد الصورة والمرأة وان اختلفوا في بيت واحد حد الرجل والمرأة معناه ان يشهد كل اثنين على الزنا في زاوية وهذا استحسان والقياس ان لا يجب لاختلاف المكان حقيقة وجه الاستحسان ان التوفيق ممكن بان يكون ابتداء الفعل في زاوية والانتهاء في زاوية اخرى بالاضطراب اولان الواقع في وسط البيت فيحسبه من في المقدم في المقدم ومن في المؤخر في المؤخر فيشهد بحسب ما عنده

حد القذف عنهما بشهادة شاهدي الاكراه لان زناها مكرهة يسقط احصانها فان من قذف امرأة ثم اقام شاهدين انها زنت وهي مكرهة سقط الحد عن القاذف لسقوط احصانها بهذه الشهادة واعتبار عدد الاربعة في الشهادة على الزنا الموجب للحد وهذه شهادة على سقوط احصانها وسقوط الاحصان يثبت بشهادة الاحصان ولا يحد الشهود للقذف لقيام اربعة شهداء على مسمى الزنا فثبت شرطه ٭

قوله في ذلك اي في اقامة الشهادة على اثبات الزنا بطريق الاكراه. **قوله** نظرا الى اتحاد الصورة اي صورة نسبة الزنا والمرأة اي واتحاد المرأة لان الكلام فيه فكانوا مثبتين زنا واحدا من هذا الوجه وهم اربعة وهي نصاب شهود الزنا فكان كلامهم شهادة من هذا الوجه ولم يكن قذفا فلا يحدون حد القذف **قوله** معناه ان يشهد كل اثنين على الزنا في زاوية اي في غير الزاوية التي شهد بها الاثنان الآخران **قوله** وجه الاستحسان ان التوفيق ممكن ولا يقال بان هذا احتيال لوجوب الحد لانا نقول هذا الاحتيال لقبول الشهادة والشهادة حجة يجب تصحيحها ما امكن

قيح

وان شهد اربعة انه زنى بامرأة بالنخيلة عند طلوع الشمس

واذا قبلت كان من ضرورة قبولها وجوب الحد هذا اذا كان البيت صغيرا فاما اذا كان كبيرا فهو بمنزلة الدارين والمصرين ولان التوفيق في باب الحدود مشروع الا ترى انه لو شهد اربعة على رجل انه زنى بفلانة فهذه الشهادة مقبولة وتحمل شهادة كل واحد منهم بزنا يشهد به صاحبه وان لم ينصوا في شهادتهم على هذا الاتحاد مع ان احتمال الاختلاف ثابت بان كان الزنا اربع مرات وشهد كل واحد منهم على زناه بها بزنا على حدة وفي ذلك لا يجب الحد على المشهود به فان قيل الاختلاف في تلك المسئلة مسكوت عنه والاختلاف فيما نحن فيه منصوص عليه فبجواز التوفيق هناك لا يلزم جوازه ههنا قلنا التوفيق مشروع فيما كان الاختلاف منصوصا عليه ايضا الا ترى انه لو شهد الاثنان انه زنى بامرأة بيضاء وشهد اثنان انه زنى بامرأة سمراء تقبل الشهادة وكذلك اذا شهد اثنان انه زنى بها وعليها ثوب احمر وشهد اثنان انه زنى بها وعليها ثوب اصفر وكذلك اذا اختلفوا في القصر والطول والسمن والهزال فان قيل التوفيق ممكن في مسئلة الاكراه والطواعية بان يكون ابتداء الفعل عن اكراه وانتهاؤه عن طواعية فلم لا يحمل على هذا احتيالا لقبول الشهادة قلنا الزنا حقيقة وحكما لا يتفاوت بين ان يكون في هذه الزاوية من البيت او في تلك الزاوية فيصار الى التوفيق لاتحاد المشهود به حقيقة وحكما اما المشهود به في مسئلة الاكراه تختلف حقيقة وحكما على ما مر فلا يصار الى التوفيق *

قوله بالنخيلة عند طلوع الشمس النخيلة تصغير النخلة التي هي واحدة النخل موضع قريب من الكوفة فالباء والجيم تصحيف يعني بجيلة لانها اسم حي من اليمن ودير هند لا يساعد عليه لان دير هند ايضا موضع قريب من الكوفة واما ضم الباء فتحريف اصلا كذا في المغرب

واربعة انه زنى بها عند طلوع الشمس بدير هند درئ الحد عنهم جميعا اما عنهما فلانا تيقنا بكذب احد الفريقين من غير عين واما عن الشهود فلاحتمال صدق كل فريق وان شهد اربعة على امرأة بالزنا وهي بكر درئ الحد عنهما وعنهم لان الزنا لا يتحقق مع بقاء البكارة ومعنى المسئلة ان النساء نظرن اليها فقلن انها بكر وشهادتهن حجة في اسقاط الحد وليس بحجة في ايجابه فلهذا سقط الحد عنهما ولا يجب عليهم وان شهد اربعة على رجل بالزنا وهم عميان او محدودون في قذف او احدهم عبد او محدود في قذف فانهم يحدون ولا يحد المشهود عليه لانه لا يثبت بشهادتهم المال فكيف يثبت الحد وهم ليسوا من اهل اداء الشهادة والعبد ليس باهل للتحمل والاداء فلم تثبت شبهة الزنا لان الزنا يثبت بالاداء وان شهد وابذلك وهم فساق او ظهر انهم فساق لم يحدوا لان الفاسق من اهل الاداء والتحمل وان كان في ادائه نوع قصور لتهمة الفسق ولهذا لو قضى القاضي بشهادته ينفذ عندنا فتثبت بشهادتهم شبهة الزنا وباعتبار قصور في الاداء لتهمة الفسق تثبت شبهة عدم الزنا فلهذا يمتنع الحدان وسيأتي فيه خلاف الشافعي رحمة الله تعالى عليه بناء على اصله ان الفاسق ليس من اهل الشهادة فهو كالعبد عنده

قوله واربعة انه زنى بها عند طلوع الشمس بدير هند اي في يوم واحد
قوله درئ الحد عنهم اي عن المشهود عليهما وعنهم اي عن الشهود
قوله والعبد ليس باهل للتحمل والاداء اي ليس باهل لتحمل يتعلق به حكم ولهذا لا ينعقد النكاح بحضرة عبدين اما لو تحمل العبد الشهادة ثم عتق فادى تقبل شهادته **قوله** لان الزنا يثبت بالاداء اي يظهر عند الامام باداء الشهود الشهادة ولا اداء للعبد والعميان والمحدودين في القذف لا كاملا ولا ناقصا فانقلبت شهادتهم قذفا لانهم نسبوها الى الزنا ولم يكن نسبتهما الى الزنا شهادة فكان قذفا ضرورة

وان نقص عدد الشهود عن اربعة حد والانهم قذفة إذ لاحسبة عند نقصان العدد وخروج الشهادة عن القذف باعتبارها وان شهد اربعة على رجل بالزنا فضرب بشهادتهم ثم وجد احدهم عبدا او محدودا في قذف فانهم يحدون لانهم قذفة إذ الشهود ثلثة وليس عليهم ولا على بيت المال ارش الضرب وان رجم فديته على بيت المال وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ارش الضرب ايضا على بيت المال قال رضي الله تعالى عنه معناه اذا كان جرحه وعلى هذا الخلاف اذا مات من الضرب وعلى هذا اذا رجع الشهود لا يضمنون عنده وعندهما يضمنون لهما ان الواجب بشهادتهم مطلق الضرب اذ الاحتراز عن الجرح خارج عن الوسع فينتظم الجارح وغيره فيضاف الى شهادتهم فيضمنون بالرجوع وعند عدم الرجوع يجب على بيت المال لانه ينتقل فعل الجلاد الى القاضي وهو عامل للمسلمين فتجب الغرامة في مالهم

وذكر الامام قاضي خان رحمة الله تعالى عليه والكلام يبتني على معرفة الشهود فنقول الشهود ثلثة شاهد له اهلية التحمل والاداء بصفة الكمال وهو العدل وشاهد له اهلية الاداء ولكن بصفة النقصان والقصور وهو الفاسق وشاهد له اهلية التحمل وليس له اهلية الاداء كالاعمى والمحدود في القذف.

قوله وعندهما يضمنون اي ارش الجراحة ان لم يمت والدية ان مات

قوله فيضمنون بالرجوع لانه ظهر كذبهم في شهادتهم فاما اذا وجدوا او احدهم عبدا او كافرا او محدودا في قذف فلا يمكن ايجاب الضمان على الشاهد لانه لم تبين كذبه لان العبد والكافر والمحدود في القذف قد يكونون عدولا في قولهم وعند عدم وجوب الضمان عليهم يجب الضمان على بيت المال لان الضرب انما يثبت بشهادتهم والشهادة انما تثبت بقضاء القاضي الا انه لا يمكن ايجاب الضمان على القاضي ايضا لانه يعمل لله تعالى فيكون الضمان به

وصار كالرجم والقصاص ولابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه ان الواجب هو الحد وهو ضرب مؤلم غير جارح ولا مهلك فلا يقع جارحا ظاهرا الا لمعنى في الضارب وهو قلة هدايته فاقتصر عليه الا انه لا يجب عليه الضمان في الصحيح كيلا يمتنع الناس عن الاقامة مخافة الغرامة وان شهد اربعة على شهادة اربعة على رجل بالزنا لم يحد

على من وقع له القضاء والقضاء وقع للعامة لان الحدود شرعت زواجر لينزجر العوام عن ارتكاب مثل هذه القاذورات فان كانت المنفعة تعود اليهم يكون الغرم عليهم ومال بيت المال مال العامة ولابي حنيفة رحمه الله ان الجرح ليس من موجبات الشهادة لان الجرح غير لازم للضرب وكذا الموت والضرب هو المأمور به لا الجرح ولا القتل لكن الجرح انما افضى اليه الشهادة وما افضي اليه الشهادة لا ضمان فيه كما اذا شهدوا بنسب فمات المشهود عليه فورثه المشهود له ثم رجع الشهود لم يضمنوا ماورث لان الارث ليس من موجبات الشهادة فيكون الجرح والموت مقصورا على الضارب لا يتعدى الى الشاهد ومع ذلك لا يضمن الضارب في الصحيح كيلا تتعطل اقامة الحد بخلاف الرجم والقصاص لانه يضاف الى شهادتهم فيضمنون بالرجوع وعند عدم الرجوع يجب على بيت المال لماذكرنا انه لم يظهر كذبهم في الشهادة *

قوله وصار كالرجم والقصاص فانه لو شهد الشهود فرجم او قتل ثم رجعوا يضمنون الدية واما اذا ظهرا حد هم عبدا ففي القصاص والرجم تجب الدية في بيت المال

قوله الا انه لا يجب الضمان عليه في الصحيح ذكر في مبسوط فخر الاسلام رحمة الله تعالى عليه فلو قال قائل يجب الضمان على الجلاد فله وجه لانه ليس بمأمور بهذا الوجه لانه امر بضرب مؤلم لا جارح ولا كاسر ولا قاتل فاذا وجد الضرب على هذه الوجوه فقد وقع فعله تعديا فيجب عليه الضمان

لما فيها من زيادة الشبهة ولا ضرورة الى تحملها فان جاء الاولون نشهدوا على المعاينة في ذلك المكان لم تحد ايضا معناه شهد واعلى ذلك الزنا بعينه لان شهادتهم قد ردت من وجه برد شهادة الفرع في عين هذه الحادثة اذهم قائمون مقامهم بالامر والتحميل ولا يحد الشهود لان عددهم متكامل وامتناع الحد عن المشهود عليه لنوع شبهة وهي كافية لدرء الحد لا لايجابه واذا شهد اربعة رجل بالزنى فرجم فكلما رجع واحد حد الراجع وحده وغرم ربع الدية اما الغرامة فلانه بقي من يبقى بشهادته ثلثة ارباع الحق فيكون التالف بشهادة الراجع ربع الحق وقال الشافعي رحمه الله يجب القتل دون المال بناء على اصله في شهود القصاص وسنبينه في الديات ان شاء الله تعالى واما الحد فمذهب علمائنا الثلثة رحمهم الله تعالى وقال زفر رحمة الله تعالى عليه لا يحد

قوله لما فيها من زيادة الشبهة لتمكنها في موضعين في تحميل الاصول وفي نقل الفروع والكلام اذا تداولته الالسنة يمكن فيها زيادة ونقصان **قوله** ولا ضرورة الى تحملها لانه يمكن ان يحضر الاصول فيشهدوا **قوله** اذ هم قائمون مقامهم اي الفروع قائمون مقام الاصول فكان الرد لشهادة الفروع رد الشهادة الاصول وذلك لان في الموضع الذي تقبل شهادة الفروع تقبل شهادة الاصول ايضا ففي الموضع الذي يرد يتعدى رده الى شهادة الاصول من وجه وذلك شبهة وكل شهادة ردت في حادثة لا تقبل في تلك الحادثة ابدا كالفاسق اذا ردت شهادته لفسقه [illegible] شهادته في تلك الحادثة بعد التوبة بخلاف العبد اذا ردت شهادته ثم عتق تقبل شهادته في تلك الحادثة لانه ليس للعبد شهادة بل له خبر ورد الخبر لا يوجب ردا لشهادة فاما الفاسق فله شهادة بدليل انه بعد الرجم لو ظهر الشهود فسقه لا ضمان على احد ولو ظهر انهم عبيد او كفار تجب الدية على بيت المال فان قيل القاضي اذ رد شهادة الفروع

لانه ان كان قاذف حي فقد بطل بالموت وان كان قاذف ميت فهو مرجوم بحكم القاضي فيورث ذلك شبهة ولنا ان الشهادة انما تنقلب قذفا بالرجوع لان به تنفسخ شهادته فجعل للحال قذفا للميت وقد انفسخت الحجة فينفسخ ما يبتني عليه وهو القضاء في حقه فلا يورث الشبهة بخلاف ما اذا قذفه غيره لانه غير محصن في حق غيره لقيام القضاء في حقه فان لم يحد المشهود عليه حتى رجع واحد منهم حدوا جميعا وسقط الحد عن المشهود عليه وقال محمد رحمه الله تعالى حد الراجع خاصة لان الشهادة تأكدت بالقضاء فلا تنفسخ الا في حق الراجع كما اذا رجع بعد الامضاء

في المال بفسقهم ثم قدم الاصول وشهدوا تقبل شهادتهم قلنا القاضي انما رد شهادة الفروع في المال بفسقهم حقيقة لانهم الذين شهدوا الا انه تمكن شبهة الرد في شهادة الاصول لتعليم شهادة الفروع فصار الثابت في حق الاصول شبهة الرد والشبهة تمنع القضاء بالحدود دون المال وذكر الامام التمرتاشي رحمه الله ولورد الفروع في المال لتهمة تقبل شهادة الاصول لانه ما رد شهادتهم حقيقة ولوردوا لتهمة الاولين لم تقبل ابدا من الاولين ولا من الفروع ولوردوا لرق الاولين اولكفرهم ثم اعتقوا واسلموا فشهدوا بذلك جاز * **قوله** لانه ان كان قاذف حي فقد بطل بالموت لان حد القذف لا يورث **قوله** ولنا ان الشهادة انما تنقلب قذفا بالرجوع لان بالرجوع تنفسخ شهادته فجعل للحال قذفا للميت كمن قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق عند الدخول يصير ذلك الكلام طلاقا الا ان تبين انه كان طلاقا لان صيرورته طلاقا باعتبار وصوله الى المحل مقصورا على الحال فاذا ثبت انه انما يصير كلامه في الحال قذفا والمقذوف في الحال ميت ومن قذف ميتا يلزمه الحد فان قيل هو في الحال مرجوم بحكم الحاكم حتى لو قذفه قاذف لا يحد فكيف يحد هذا الراجع قلنا هو مرجوم بحكم

ولهما ان الامضاء من القضاء فصار كما اذا رجع واحد منهم قبل القضاء ولهذا سقط الحد عن المشهود عليه ولو رجع واحد منهم قبل القضاء حدوا جميعا وقال زفر رحمه الله يحد الراجع خاصة لانه لايصدق على غيره ولنا ان كلامهم قذف في الاصل وانما يصير شهادة باتصال القضاء به فاذا لم يتصل بقي قذفا فيحدون فان كانوا خمسة فرجع احدهم لاشيء عليهم لانه بقي من يبقى بشهادتهم كل الحق وهو شهادة الاربع فان رجع الاخر حدا وغرما ربع الدية اما الحد فلما ذكرنا واما الغرامة فلانه بقي من يبقى بشهادته ثلثة ارباع الحق والمعتبر بقاء من بقي على ماعرف وان شهد اربعة على رجل بالزنا فزكوا فرجم فاذا الشهود مجوس او عبيد فالدية على المزكين عند ابي حنيفة رح معناه اذا رجعوا عن التزكية وقال ابويوسف ومحمد رح بيت المال

الحاكم لشهادتهم وهو يزعم بالرجوع ان شهادتهم ليست بحجة فانفسخ الحكم في حقه لان زعمه معتبر في حقه فلا يصلح شبهة بخلاف قاذف آخر لان المرجوم غير محصن في حق غير الراجع لبقاء القضاء والشهادة في حقه اذ الرجوع عامل في حقه لافي حق غيره فان قيل اكثر مافيه انه مقر بانه كان عفيفا او قذفه انسان ثم كذب نفسه وقال كان عفيفا لايقام عليه الحد ايضا قلنا نعم القاذف وان اكذب نفسه فالحجة المسقطة للاحصان بقيت كاملة فاما اذا رجع واحد من الشهود لا تبقى الحجة المسقطة للاحصان كاملة في حقه فلهذا يقام عليه الحد **قوله** ولهما ان الامضاء من القضاء وقد ذكرنا وجهه في هذا الباب في مسئلة التقادم وذكر ... التمرتاشي رح ولهما ان القضاء في الحدود هو الامضاء فان القاضي لايحتاج ان يقول قضيت بالرجم او بالجلد حتى ان اسباب الجرح او سقوط احصان المقذوف او عزل القاضي لو اعترضت يمنع الامضاء فصار الرجوع قبل الامضاء كالرجوع قبل القضاء **قوله** فان كانوا خمسة عطف على قوله واذا شهد اربعة على رجل بالزنا فرجم **قوله** اما الحد فلما ذكرنا

وقيل هذا اذا قالوا تعمدنا التزكية مع علمنا بحالهم لهما انهم اثنوا على الشهود خيرا فصاركما اذا اثنوا على المشهود عليه خيرا بان شهدوا على احصانه وله ان الشهادة انما تصير حجة وعاملة بالتزكية فكانت التزكية في معنى علة العلة فيضاف الحكم اليها بخلاف شهود الاحصان لانه محض الشرط ولا فرق بينما اذا اشهدوا بلفظ الشهادة اواخبروا وهذا اذا اخبروا بالحرية والاسلام اما اذا قالوا هم عدول وظهروا عبيدا لا يضمنون لان العبد قد يكون عدلا ولا ضمان على الشهود لانه لم يقع كلامهم شهادة ولا يحدون حد القذف لانهم قذفوا حيا وقد مات فلا يورث عنه واذا شهد اربعة على رجل بالزنا فامر القاضي برجمه فضرب رجل عنقه ثم وجد الشهود عبيدا فعلى القاتل الدية وفي القياس يجب القصاص لانه قتل نفسا معصومة بغير حق

اشارة الى قوله ولنا ان الشهادة انما تنقلب قذفا بالرجوع فان قيل اما الاول حين رجع لم يجب عليه الحد ولا ضمان فلو لزمه ذلك انما يلزمه برجوع الثاني ورجوع غيره لايكون ملزما اياه شيئا قلنا لم يجب لا لانعدام السبب بل لمانع وهو بقاء حجة تامة فاذا زال المانع برجوع الثاني وجب الحد على الاول بالسبب المتقرر في حقه لابزوال المانع ٭

قوله وقيل هذا اذا قالوا تعمدنا التزكية مع علمنا بحالهم وليس المراد بقوله وقيل اشارة الى القولين لكن المراد به بيان محل الخلاف **قوله** فكانت التزكية في معنى علة العلة وهذا لان التلف حصل بالقضاء والقضاء بالشهادة لانهم الزموا القاضي القضاء والشهادة انما تعمل بالعدالة وهي تثبت بالتزكية فكانت التزكية كعلة العلة للتلف وهي كالعلة في اضافة الحكم اليها كما في الرمي وسوق الدابة وهنا تعذر ايجاب الضمان على الشهود لان كلامهم

وجه الاستحسان ان القضاء صحيح ظاهرا وقت القتل فاورث شبهة بخلاف ما اذا قتله قبل القضاء لان الشهادة لم تصر حجة بعد ولانه ظنه مباح الدم معتمدا على دليل مبيح فصار كما اذا ظنه حربيا وعليه علامتهم وتجب الدية في ماله لانه عمد والعواقل لا تعقل العمد وتجب في ثلث سنين لانه وجب بنفس القتل وان رجم ثم وجد واعبيدا فالدية على بيت المال لانه امتثل امر الامام فنقل فعله اليه

لم يقع شهادة ليضاف الحكم اليها ولان العبد قد يكون عدلا والمجوس قد يكونون صدقة ولم يعرف منهم الكذب فيضاف الى التزكية بخلاف شهود الاحصان لانه عبارة عن الخصال الحميدة وهي لا تصلح سببا للعقوبة ولا علة الا ترى ان الشهادة على الزنا بدون الاحصان توجب العقوبة فشهود الاحصان ما جعلوا غيرا لموجب موجبا اما الشهادة بدون التزكية لا يوجب شيئا وسبب الاتلاف الشهادة وانما صارت حجة بالتزكية فكانت التزكية علة العلة وقوله الاحصان محض الشرط العلة اراد به العلامة لما عرف في اصول الفقه ان الاحصان علامة لان الشرط ما يوجد العلة بصورتها ويتوقف انعقادها علة على وجوده كدخول الدار في تعليق الطلاق والعتاق به ولا يتوقف الزنا في انعقاده علة لوجوب الرجم على الاحصان بعد ذلك فلا يكون شرطا ولكن الاحصان عبارة عن حالة في الزاني يصير الزاني تلك الحالة موجبا للرجم والحكم غير مضاف الى الحال ثبوتا به ولا وجودا عنده فتكون علامة محضة لوجوب الرجم عند وجود الزنا

قوله وجه الاستحسان ان القضاء صحيح ظاهرا وقت القتل فاورث شبهة فان صورة القضاء بقى لا يراث الشبهة لانه لو كان حقا كان مبيحا للدم فبصورته تمكن شبهة كالنكاح الفاسد جعل شبهة في اسقاط الحد ولهذا لا يوجب القصاص على الولي اذا جاء المشهود بقتله حيا **قوله** على دليل مبيح وهو قضاء القاضي **قوله** لانه وجب بنفس القتل الاصل ان كل

ولو باشر بنفسه .تجب الدية في بيت المال لما ذكرنا كذا هذا بخلاف ما اذا ضرب عنقه لانه لم يأتمر امره واذا شهدوا على رجل بالزنا وقالوا تعمدنا النظر قبلت شهادتهم لانه يباح النظر لهم ضرورة تحمل الشهادة فاشبه الطبيب والقابلة واذا شهد اربعة على رجل بالزنا فانكر الاحصان وله امرأة قد ولدت منه فانه يرجم معناه ان ينكر الدخول بعد وجود سائر الشرائط لان الحكم بثبات النسب منه حكم بالدخول عليه ولهذا لو طلقها يعقب الرجعة

. ية وجبت بنفس القتل ابتداء لا لمعنى يحدث من بعد يجب في ثلث سنين بقضية مر رضي الله عنه ولهذا لو قتل ابنه عمدا تجب الدية في ماله في ثلث سنين بخلاف دل الصلح عن القصاص فانه يجب حالا لانه ما وجب بنفس القتل •

قوله ولو باشره بنفسه اي لو باشر الامام الرجم بنفسه تجب الدية في بيت المال لما ذكرنا هو قوله قبل هذا بورق في هذا الباب لانه ينتقل فعل الجلاد الى القاضي وهو عامل لمسلمين فتجب الغرامة في مالهم **قوله** لانه لم يأتمر امره لانه امره بالرجم دون جز الرقبة لم ينتقل فعله اليه **قوله** وقالوا تعمدنا النظر اي الى موضع الزنا من الزانيين **قوله** لانه يباح هم النظر ضرورة تحمل الشهادة لان تحمل الشهادة مأمور به قال الله تعالى واقيموا شهادة لله واقامتها لا تتحقق بدون النظر اليه عمدا اذ لا يصح التكليف مع الستر ولكن ع هذا الامر يجوز اختيار جانب الستر في الحدود فلذلك قيل بالاباحة دون الوجوب وفي الجامع الصغير لشمس الايمة رحمه الله قال بعض العلماء لا تقبل شهادتهم لاقرارهم الفسق على انفسهم بالنظر الى عورة الغير قصدا ولكنا نقول النظر الى العورة عند الحاجة يجوز شرعا فان الختان ينظر والقابلة تنظر والنساء ينظرن لمعرفة البكارة وبالشهود حاجة الى ذلك لانهم مالم يروا كالرشاء في البئر والميل في المكحلة لا يسعهم ان يشهدوا

والاحصان يثبت بمثله فان لم تكن ولدت منه وشهد عليه بالاحصان رجل وامرأتان رجم خلافا لزفر والشافعي رح فالشافعي مر على اصله ان شهادتهن غير مقبولة في غير الاموال وزفر رح يقول انه شرط في معنى العلة لان الجناية تتغلظ عنده فيضاف الحكم اليه فاشبه حقيقة العلة فلا تقبل شهادة النساء فيه فصار كما اذا شهد ذميان على ذمي زنى عبده المسلم انه اعتقه قبل الزنا لا تقبل لما ذكرنا ولنا ان الاحصان عبارة عن الخصال الحميدة وانها مانعة عن الزنا على ماذكرنا فلايكون في معنى العلة وصار كما اذا شهدوا به في غير هذه الحالة

قوله والاحصان يثبت بمثله اي بمثل هذا الدليل الذي فيه شبهة الاترى انه يثبت بشهادة رجل وامرأتين فكذلك ههنا يثبت الدخول الذي هو من شروط الاحصان بالحكم بثبات النسب **قوله** فصار كما اذا شهد ذميان على ذمي زنى عبده المسلم يعني ان الزاني لوكان مملوكا للذمي وذلك المملوك الزاني مسلم فشهد على الزاني ذميان ان مولاه الذمي كان اعتقه قبل الزنا لم يرجم مع ان شهادة اهل الذمة على الذمي بالعتق مقبولة ولكن لما كان المقصود ههنا تكميل العقوبة على المسلم لم تقبل شهادة اهل الذمة فهذا مثله **قوله** ولنا ان الاحصان عبارة عن الخصال الحميدة بعضها ليس من صنع المرء كالحرية والعقل وبعضها فرض عليه كالاسلام وبعضها مندوب اليه كالنكاح الصحيح والدخول بالمنكوحة وهي مانعة عن الزنا لما مر فاستحال ان يكون سببا لوجوب عقوبة لان سببها جناية لامحالة وليس بشرط فضلا عن ان يكون في معنى العلة لان الشرط مايتوقف الحكم على وجوده بعد السبب ولايتوقف وجوب الرجم على وجود احصان ثبت بعد الزنا فانه لايرجم وان صار محصنا بعد الزنا ولكنه اذا ثبت كان معرفا لحكم الزنا فاما ان يوجد الزنا بصورته ويتوقف انعقاده علة على احصان بعده فلا وما للمعرف حكم العلة بوجه وصار كما اذا شهدوا به في غير هذه الحالة

بخلاف ما ذكر لان العتق يثبت بشهادتهما وانما لا يثبت سبق التاريخ لانه ينكره المسلم او يتضرر به المسلم فان رجع شهود الاحصان لا يضمنون عندنا خلافا لزفر رحمه الله وهو فرع ماتقدم والله تعالى اعلم بالصواب ٭

باب حد الشرب

ومن شرب الخمر فاخذ وريحها موجودة او جاؤا به سكران فشهد الشهود عليه بذلك فعليه الحد وكذلك اذا اقر وريحها موجودة لان جناية الشرب قد ظهرت ولم يتقادم العهد والاصل فيه قوله عليه الصلوة والسلام من شرب الخمر فاجلدوه فان عاد فاجلدوه فان اقر بعد ذهاب رائحتها لم يحد عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح يحد

قوله بخلاف ما ذكر اي زفر رحمه الله تعالى اي ليس هذا نظير شهادة الذميين بالعتق لانها لا تقوم على وجه يتضرر به المسلم او نقول العتق لم يثبت بشهادتهما وانما لا يثبت سبق التاريخ لان هذا تاريخ ينكره المسلم. ومما ينكره المسلم لا يثبت بشهادة اهل الذمة فلو قلنا بجواز هذه الشهادة كان ذلك قولا بجواز شهادة الكافر على المسلم وتحقيقه ان الخصوص هناك في المشهود عليه فان شهادة النساء في غير الحدود والقصاص تقبل فلما لم يكن المشهود به ههنا سببا موجبا للعقوبة قبلت شهادتهن فيه **قوله** وهو فرع ماتقدم ان الاحصان شرط في معنى العلة فشهوده بمنزلة شهود العلة فيضمنون اذا رجعوا وعندنا في معنى الشرط وشهود الشرط لا يضمنون عندنا لرجوع فكيف اذا كان الشرط بمعنى العلامة والله اعلم بالصواب ٭

باب حد الشرب

قوله او جاؤا به سكران فشهد الشهود عليه بذلك اي بالسكر من الخمر او غيرها من الاشربة المحرمة

وكذلك اذا شهدوا عليه بعد ما ذهب ريحها عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله تعالى وقال محمد رحمة الله تعالى عليه يحد فالتقادم يمنع قبول الشهادة بالاتفاق غير انه مقدر بالزمان عنده اعتبارا بحد الزنا وهذا لان التأخير يتحقق بمضي الزمان والرائحة قد تكون من غيره كما قيل (شعر)

يقولون لي انكه شربت مدامة

فقلت لهم لا بل اكلت السفرجلا

قوله وكذلك اذا شهدوا عليه بعد ما ذهب رائحتها عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله تعالى اي لا يحد ايضا عندهما يشترط الرائحة في الشهادة والاقرار غير ان الرائحة تشترط عند تحمل الشهادة حتى لو كان موجودا عند الاخذ وانقطع قبل أن ينتهوا به الى الامام حد في قولهم جميعا لان هذا عذر كبعد المسافة في حد الزنا والشاهد لا يتهم في مثله **قوله** غير انه مقدر بالزمان عنده وهو الشهر **قوله** والرائحة قد تكون من غيره فان من استكثر اكل السفرجل توجد منه رائحة الخمر كما قيل (شعر)

يقولون لي انكه شربت مدامة

فقلت لهم لا بل اكلت السفرجلا

وقيل (شعر)

سفرجلة تحكي ثدي النواهد

بها عرف ذي فسق وصفرة زاهد

استنكهت الشارب ونكهته تشممت نكهته اي ريح فمه ونكه الشارب في وجهي ايضا اذا تنفس يتعدى ولا يتعدى وهو من باب منع

وعندهما يقدر بزوال الرائحة لقول ابن مسعود رضي الله عنه فيه فان وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه ولان قيام الاثر من اقوى دلالة على القرب وانما يصار الى التقدير بالزمان عند تعذر اعتباره والتمييز بين الروايح ممكن للمستدل وانما يشتبه على الجهال واما الاقرار فالتقادم لا يبطله عند محمد رحمه الله كما في حد الزنا على ما مر تقريره وعندهما لايقام الحد الا عند قيام الرائحة لان حد الشرب ثبت باجماع الصحابة رضي الله عنهم ولا اجماع الا برأي ابن مسعود رضي الله عنه وقد شرط قيام الرائحة على ما روينا فان اخذه الشهود وريحها توجد منه اوهو سكران فذهبوا به من مصر الى مصر فيه الامام فانقطع ذلك قبل ان ينتهوا به حد في قولهم جميعا لان هذا عذر كبعد المسافة في حد الزنا والشاهد لا يتهم به في مثله ومن سكر من النبيذ حد لما روي ان عمر رضي الله عنه اقام الحد على اعرابي سكر من النبيذ ونبين الكلام في حد السكر ومقدار حده المستحق عليه ان شاء الله تعالى ولا حد على من وجد منه رائحة الخمر او تقيأها

قوله وعندهما يقدر بزوال الرائحة لقول ابن مسعود رضي الله عنه وهو انه جاء رجل يقال له هزال بابن اخ له الى ابن مسعود رض وقال انه شرب الخمر واقر به ابن اخيه فقال له ابن مسعود رضي الله عنه بئس والي اليتيم انت لا ادبته صغيرا ولا سترت عليه كبيرا ثم قال خذوه وتلتلوه ومزمزوه ثم استنكهوه فان وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه فان قيل هذا استدلال بنفي الحكم عند عدم الشرط والتعليق بالشرط لا يوجب العدم عند العدم على اصلنا قلنا لا بل هذا استدلال بعدم الاجماع لان حد الشرب ثبت باجماع الصحابة رضي الله عنهم والاجماع الا برأي ابن مسعود رضي الله عنه وقد شرط قيام الرائحة فعند عدمها لا اجماع فلا يحد فان قيل ان لم يوجد الاجماع فقد وجد النص وهو قوله عليه السلام من شرب الخمر فاجلدوه بلا قيد اشتراط الرائحة قلنا خص منه الشرب اضطرارا واكراها فتمكنت فيه الشبهة فلا يصح ايجاب الحد **قوله** ومن سكر

لان الرائحة محتملة وكذا الشرب قد يقع عن اكراه واضطرار فلا يحد السكران حتى يعلم انه سكر من النبيذ وشربه طوعا لان السكر من المباح لا يوجب الحد كالبنج ولبن الرماك وكذا شرب المكره لا يوجب الحد ولا يحد حتى يزول عنه السكر تحصيلا لمقصود الانزجار وحد الخمر والسكر في الحر ثمانون سوطا لاجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم يفرق على بدنه كما في حد الزنا على ما مر ثم يجرد في المشهور من الرواية وعن محمد رحمة الله تعالى عليه انه لا يجرد اظهارا للتخفيف

من النبيذ اي النبيذ الذي غلا واشتد فاسم النبيذ يقع على نبيذ التمر والزبيب فما دام حلوا يحل شربه واذا غلا واشتد وقذف بالزبد يحرم واذا طبخ ادنى طبخة يحل شربه ما دام حلوا واذا غلا واشتد وقذف بالزبد على قول ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه وقول ابي يوسف رحمه الله الآخر يحل شربه ما دون السكر وعند محمد والشافعي رحمهما الله لا يحل.

قوله لان الرائحة محتملة فان قيل هذا التعليل مناقض لما ذكر قبله ان التمييز بين الروائح ممكن للمستدل قلنا التميز ممكن لمن عاين الشرب والاحتمال لمن لم يعاينه او نقول الاحتمال في نفس الروائح قبل الاستدلال والتمييز بعد الاستدلال على وجه الاستقصاء **قوله** لان السكر من المباح لا يوجب الحد كالبنج وفي الجامع الصغير للامام المحبوبي رحمه الله وعن ابي حنيفة رح من زال عقله بالبنج ان علم انه بنج حين اكل يقع طلاقه وعتاقه وان لم يعلم لا يقع **قوله** وحد الخمر والسكر اي من غير الخمر فان وجوب الحد في الخمر غير موقوف الى وجود السكر بل يجب الحد بشرب قطرة منها كذا ذكره الامام التمرتاشي رحمه الله **قوله** لاجماع الصحابة رضي الله عنهم روي ان الصحابة تشاوروا في حد الخمر فقال كل واحد منهم ما بدا له فقال علي رضي الله عنه اذا سكر هذى واذا هذى افترى وحد المفترين في كتاب الله تعالى ثمانون سوطا فاستحسنوا واتفقوا.

لانه لم يرد به نص ووجه الثاني انا ظهرنا التخفيف مرة فلا يعتبر ثانيا وان كان عبد الحد اربعون لان الرق منصف على ما عرف ومن اقر بشرب الخمر او السكر ثم رجع لم يحد لانه خالص حق الله تعالى ويثبت الشرب بشهادة شاهدين ويثبت بالاقرار مرة واحدة وعن ابي يوسف رحمه الله انه يشترط الاقرار مرتين وهو نظير الاختلاف في السرقة وسنبينها هناك ان شاء الله ولا تقبل فيه شهادة النساء مع الرجال

على ذلك فصار ذلك اجماعا فان قيل استدلال علي رضي الله عنه يتأتى في حد السكر اما في الخمر كيف يستدل به والحد لم يتعلق بالسكر منه قلنا في الخمر بدءو قليله الى كثيره فكان سببا للسكر غالبا وقيل ما من طعام وشراب الا ولذته في الابتداء تزيد على لذته في الانتهاء الا الخمر فان اللذة لشاربها تزداد بالاكثار منها ولهذا يزداد حرصه على شربها اذا اصاب منها شيئا

قوله لانه لم يرد به نص اي نص قاطع **قوله** انا ظهرنا التخفيف مرة اي من حيث العدد لم نجعله مائة كما في حد الزنا مع ان الالحاق به اولى لان دليل كل واحد منهما قطعي فلا يعتبر ثانيا اي فلا يخفف ثانيا من حيث الصفة بترك التجريد بل يجرد **قوله** ومن اقر بشرب الخمر او السكر في النهاية بفتحتين عصير الرطب اذا اشتد هو في الاصل مصدر سكر من الشراب سكرا وسكرا وفي المستصفى في قوله ومن اقر بشرب الخمر والسكر بفتحتين هو السماع وهو عصير الرطب اذا اشتد ولم يرد به هذا الخاص بل المراد به سائر المسكرات التي توجب الحد سوى الخمر وانما خصه لانه الغالب في بلادهم وجاز ان يراد به السكر وعلى التقديرين لا بد من الاضمار فان بمجرد الاقرار بالسكر لا يجب الحد ما لم يقل انه سكر من الاشربة المحرمة وكذا بمجرد الاقرار بشرب السكر لا يجب الحد ما لم يوجد السكر

لان فيها شبهة البدلية وتهمة الضلال والنسيان والسكران الذي يحد هو الذي لا يعقل منطقا لا قليلا ولا كثيرا ولا يعقل الرجل من المرأة وقال رضي الله عنه هذا عند ابي حنيفة رحمه الله

قوله لان فيها شبهة البدلية لقوله تعالى فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان الى قوله تعالى ان تضل احداهما فتذكر احداهما الاخرى وانما قال شبهة البدلية دون حقيقة البدلية لان استشهاد النساء في الموضع الذي جازت شهادتهن يجوز من غير ضرورة العجز عن استشهاد الرجال بخلاف سائر الابدال ولكن فيه صورة البدلية من حيث النظم **قوله** والسكران الذي يحد اي السكران الذي سكر بشرب غير الخمر من الاشربة المحرمة فان في شرب الخمر لا يتوقف وجوب الحد على وجود السكر ثم قوله والسكران الذي يحد الخ قوله قال رضي الله عنه انما خص المصنف رح بان هذا قول ابي حنيفة رح لان الذي ذكره من قوله والسكران الذي يحد الى هنا لفظ الجامع الصغير من غير ذكر الخلاف فبين المصنف رحمه الله بهذا ان هذا قول ابي حنيفة رحمه الله لا قول الكل وذكر في الفوائد الظهيرية قال ابو حنيفة رحمه الله السكران هو الذي لا يعقل منطقا لا قليلا ولا كثيرا ولا يعقل الرجال من النساء ولا الارض من السماء والفرو من القباء وعندهما ان يهذي ويختلط كلامه ويتمايل في مشيته وعن ابن الوليد سألت ابا يوسف رحمه الله عن السكران الذي يجب عليه الحد قال ان يستقرأ قل يا ايها الكافرون ولا يقدر عليه فقلت كيف عيبت هذه السورة وربما اخطا فيه الصاحي قال لان تحريم الخمر نزل فيمن شرع فيها فلم يستطع قراءتها وحكي ان ائمة بلخ اتفقوا على استقراء هذه السورة ثم ان بعض الشرط اتى بسكران امير البلخ فامر الامير ان يقرأ هذه السورة فقال له السكران تقرأ انت سورة الفاتحة اولا فلما قال الامير الحمد لله فقال له السكران قف قد اخطأت من وجهين احدهما انك تركت التعوذ عند افتتاح القراءة والثاني انك تركت التسمية وهي آية من اول الفاتحة

الذي يهذي ويخلط ... لانه هو السكران في العرف واليه مال اكثر المشايخ رح
يؤخذ في اسباب الحدود باقصاها درءاً للحدود ونهاية السكران يغلب السرور على العقل
التمييز بين شيء وشيء وما دون ذلك لا يعري عن شبهة الصحو والمعتبر في القدح
في حق الحرمة ما قالاه بالاجماع اخذا بالاحتياط والشافعي ... رحمه الله يعتبر ظهور
... مشيته وحركاته واطرافه وهذا مما يتفاوت فلا معنى لاعتباره ولا يحد السكران باقراره
... نفسه لزيادة احتمال الكذب في اقراره فيحتال لدرئه لانه خالص حق الله تعالى
... حد القذف لان فيه حق العبد والسكران فيه كالصاحي عقوبة عليه

... الائمة والقراء فخجل الامير وجعل يضرب الشرطي ويقول امرتك
... بسكران فاتيتني بمقرئ بلخ *
قالا هو الذي يهذي ويختلط كلامه اي يكون غالب كلامه
... **قوله** وما دون ذلك لا يعري عن شبهة الصحو يعني انه اذا كان
... الاشياء عرفنا انه مستعمل لعقله مع ما به من السرور فلا يكون ذلك
... سكر وفي النقصان شبهة العدم والحدود تندرئ بالشبهات **قوله** والمعتبر
... المسكر في حق الحرمة ما قالاه بالاجماع وهو قوله هو الذي يهذي ويختلط
اخذا بالاحتياط لانه لما اعتقد حرمة القدح الذي يلزم منه الهذيان واختلاط
... يمتنع عنه فلما امتنع عنه وهو الادنى ... في حد السكر كان ممتنعا من
... فيه وهو ما قاله ابو حنيفة رحمه الله في حده **قوله** وهذا مما يتفاوت اي ظهور
المشية ... يختلف فان السكران ربما لا يتمايل في مشيته والصاحي ربما يزلق او يعثر
مايل منه فلم ينهض ظهور الاثر دليلا على السكر **قوله** ولا يحد السكران باقراره
... الحدود الخالصة لله تعالى مثل الزنا وشرب الخمر والسرقة فاما في الحد

كما في سائر تصرفاته ولو ارتد السكران لا تبين منه امرأته لان الكفر
ولا يتحقق مع السكر والله تعالى اعلم بالصواب •

الذي فيه حق العبد كحد القذف فانه يحد باقراره وان كان اقراره في حال سكره وذ
الامام قاضي خان رحمه الله ويؤخذ باقراره فيه سوى الحدود الخالصة لله تعالى من
والحدود الواجبة للعباد كحد القذف عرف ذلك باجماع الصحابة رضي الله عنهم
قالوا اذا سكر هذى واذا هذى افترى وحد المفترين ثمانون سوطا فهذا اجماع
على وجوب حد القذف حقا للعبد فاذا وجبت عليه حد القذف حقا للعبد فكذا
سائر الحقوق كالقصاص وغيره وذكر في الذخيرة وهذا في الاقرار واما اذا زنى او
حال سكره يحد به بخلاف الاقرار بهما في حال السكر حيث لا يحدان الا بعد
الانشاء وذكر الامام التمرتاشي رحمه الله ولا يحد السكران باقراره على نفسه
والسرقة لانه اذا صحا ورجع بطل اقراره ولكن يضمن المسروق بخلاف حد ال
والقصاص حيث يقام عليه في حال سكره لانه لا فائدة في التأخير لانه لا يملك الر
لانهما من حقوق العباد •
قوله كما في سائر تصرفاته من الاقرار بالمال والطلاق والعتاق **قوله** ولو ارتد
لا تبين امرأته منه هذا جواب الاستحسان وفي القياس تبين امرأته كذا في سير
قوله لان الكفر من باب الاعتقاد ولا يتحقق مع السكر فان قيل الاسلام ا
باب الاعتقاد فيصح اسلام الكافر حالة السكر قلنا السكران مع سكره غير خال عن نوع
بدليل توجه الخطاب اليه وصحة وقوع طلاقه وعتاقه وسائر تصرفاته لما ان السكر
عقله ولا ينفيه ولما كان كذلك اعتبرنا ذلك القدر في صحة اسلامه دون كفره لان الاسلام
ولا يعلى كما في ارتداد المكره واسلامه حيث يصح اسلامه ولا يصح كفره و ا